الصّوريّة

في ضوء الفقه والقضاء

الطبعة الثالثة

تأليف

المستشار
عز الدين الدناصوري
رئيس محكمة الاستئناف

و

دكتور
عبد الحميد الشواربي
رئيس المحكمة



الصّوريّة

في ضوء الفقه والقضاء

الطبعة الثالثة

تأليف

المستشار
عز الدّين الدناصوري
رئيس محكمة الاستئناف

و

دكتور
عبد الحميد الشواربي
رئيس المحكمة

١٩٩٣

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الطبعة الأولى

احتلت الصورية فى الفترة الأخيرة مكاناً بارزاً فى العمل وكثرت قضاياها أمام المحاكم ومازالت فى ازدياد مطرد ومستمر وقد ساعد على ذلك الحالة الاقتصادية وهذا السيل المنهمر من القوانين المتعاقبة التى أصدرتها الدولة بدون دراسة كافية ودون أن يشارك فيها أحق الناس بذلك وهم القضاة الذين يقع عليهم عبُ تطبيقها والذين يستطيعون بخبرتهم ان يفطنوا إلى عيوب التشريع قبل غيرهم ولذلك فقد جاءت معظم هذه القوانين ركيكة الأسلوب رديئة الصياغة القانونية فجة المضمون لا ضابط لها ولا ترابط بينها ولا انسجام يجمعها وقد اسهم فى ذلك أن كثيرا من الذين تولوا رياسة اللجنة التشريعية المنبثقة عن مجلس الوزراء - فى فترة من الزمن - لم يدرسوا القانون ، هذا فضلا عن ان بعض هذه القوانين لا يتمشى مع الواقع لذلك فقد تفنن الناس فى التحايل عليها ووجد فيها أصحاب النفوس الضعيفة وذوو الذمة الخربة ثغرات واسعة استطاعوا أن ينفذوا من خلالها فى سهولة ويسر بالالتجاء إلى الصورية وطرقها العديدة ودروبها الجمة الملتوية .

وقد شكا كثير من المشتغلين بالقانون - وبحق - أنهم - رغم أهميتها البالغة - يجدون مشقة كبيرة فى بحثها ذلك أن ما كتب عنها فى مؤلفات الباحثين ورد فى أماكن متناثرة وفى فصول متفرقة وفى موضوعات شتى واقتصر على أجزاء قليلة منها ولم يفرد لها - فيما نعلم - إلا مؤلف واحد ورغم أن مؤلفه بذل فيه جهدا كبيرا إلا أنه ، وكان قد أعدد كرسالة لنيل درجة علمية ركز على النواحى الفقهية والتاريخية ولم يعر إهتماما كبيرا للمسائل العملية كما أنه صدر منذ حقبة طويلة من الزمن وبذلك فلم يتسن له أن يعرض للقوانين العديدة التى صدرت فى الفترة الأخيرة والتى وجدت فيها الصورية مجالا خصبا للنمو والانتشار لكل هذه الأسباب مجتمعة فقد تراءى لنا أن هذا الموضوع من الاهمية بمكان ويستحق البحث والدراسة وان

يخصص له كتاب يسد فراغا كبيرا فى المكتبة القانونية ، وبعد أن فكرنا وأطلنا التفكير وقدرنا وأمعنا فى التقدير إستخرنا الله وعقدنا العزم على اخراج هذا المؤلف .

وقد بدأنا البحث بشرح الصورية فى الشريعة الإسلامية وأحكامها نظرا لأنها كما نص الدستور صارت هى المصدر الأساسى للتشريع وأصبح الاستعداد لتطبيقها يجرى على قدم وساق بعد أن أضحى العمل بها مطلبا ملحا من الكافة ثم تعرضنا بعد ذلك للتعريف بالصورية فى القانون المدنى وبيان شروطها وعلتها واثارها وأركانها وأنواعها وخصائص كل نوع ومميزاته والفرق بينه وبين غيره من الأنواع الأخرى وطرق إثباتها ونفيها بالنسبة للمتعاقدين والغير وعرجنا على ورقة الضد بشرح واف يزيل كل لبس فى شأنها ثم ميزنا بين الصورية والحالات المشابهة لها كالتدليس والتزوير والتحفظ الذهنى .

وقد لاحظنا أن كثيرا من الدارسين يخلطون بين الصورية ودعاوى البطلان فوضحنا هذا الأمر بجلاء وتحدثنا عن الدعوى غير المباشرة ودعوى عدم نفاذ التصرف وبينا أوجه الشبه وأوجه الخلاف بين كل منها وبين دعوى الصورية ومتى يجوز الجمع بينهما وطريقته وترتيبه ثم تحدثنا عن طريقة إبداء الدفع بالصورية ودرجات المحاكم التى يجوز التمسك به بين يديها وترتيب إبدائه مع غيره من سائر دفوع البطلان الشكلية والموضوعية والوسائل التى يجابه بها الخصوم هذا الدفع إذا أبدى وحده أو مع غيره من دفوع توجه ببطلان تصرفات أخرى ثم بينا التصرفات الجائز الطعن عليها بالصورية وخصائص دعوى الصورية وخصومها ثم تناولنا القرائن القانونية التى نص عليها المشرع بالنسبة للصورية وتحدثنا بتفصيل عن كل قرينة منها .

وقد تبين لنا أن كثيرا من الأحكام تخطئ فى تسبيب أحكام الصورية والتدليل على قيامها كما أن بعضها ينفى الدليل عليها أخذا ببيانات المحرر المطعون عليه بالصورية أو بخلو بنوده من بيانات معينة مما يجعل الأحكام مشوبة بالقصور والتناقض والفساد فى الاستدلال فاسهبنا فى توضيح جميع هذه الأمور لما لها من أهمية كبيرة وبينا وسائل تلافى هذه العيوب الخطيرة .

وقد شد إنتباهنا أن بعض المحاكم ترفض الصورية على سند من تسجيل العقود المطعون عليها أو إثبات تاريخها كما أنها تجرى مفاضلة بينها وبين غيرها من العقود فبسطنا ذلك .

وقد لفت نظرنا من استقراء قضاء محاكم الأمور المستعجلة أن الصورية

يدفع بها أمامها فى حالات كثيرة كما أنه يترتب عليها فى أحيان عديدة فرض الحراسة القضائية ففصلنا ذلك تفصيلا .

وقد تعرضنا للعقود الهامة التى ترد عليها الصورية مثل عقد البيع والإيجار والشفعة والوصية والهبة والوكالة والوديعة والزواج والمحلل وشرعيته وكذلك الصورية فى الكمبيالة والشيك وصورية التصرفات التى تصدر من المدين المعسر والمفلس وأثر كل منها والفرق بين طلب إبطال تصرفات الأخير فى فترة الريبة وبين طلب الحكم بصوريتها وجواز الجمع بين الطلبين .

وقد أولينا عناية خاصة للصورية التى يمكن أن ترد على القوانين التى صدرت مؤخرا مثل قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ وقانون الضرائب على الدخل رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ وقانون إتحاد الملاك الذى ورد فى القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقانون ٣٦ لسنة ١٩٨١ وقانون حظر تملك الأجانب للعقارات المبنية والأرض الفضاء رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦ والتعديل الذى آدخل عليه بالقانون ١٠٦ لسنة ١٩٨٥ وقانون حظر تملكهم الأرض الزراعية رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ والتعديل الذى أدخل عليه بالقانون ١٠٤ لسنة ١٩٨٥ .

ونظراً لأن حجية الأحكام الصادرة فى الصورية لها اهمية بالغة ولما لاحظناه من عدم تطبيقها التطبيق الصحيح خصوصا بعد ان أصبحت حجية الأحكام من النظام العام فقد خصصنا لها بحثا مطولا وفرقنا فيه بين حجية الاحكام الصادرة فى الصورية المطلقة وبين الصادرة منها فى الصورية النسبية ومآل الدفوع الأخرى بالصورية التى يمكن ان تثار بعد ذلك .

وقد أصدرت محكمة النقض حصيلة قيمة من الأحكام فى دعاوى الصورية وأرست بها مبادئ قانونية ممتازة وسليمة وعادلة لذلك فقد حرصنا على أن نضع كلا منها فى موضعه الصحيح ولم نكتف بملخص لها بل حرصنا على أن نورده مفصلا ونبين الوقائع المرتبطة به إذ لا جدال فى أن عرض المبدأ فى سياق الوقائع يعطيه معنى مجسما يتمثل فى وقائع بعينها بعد ان كان لفظا مجردا ولم يفتنا أن نعلق على الأحكام القليلة التى رأينا من وجهة نظرنا أنها محل نظر .

ونظرا لأن الصورية معظمها تطبيقات عملية فقد حرصنا على سرد أمثلة كثيرة ومتنوعة فى كل حالة على حدة لتقريب الشرح إلى ذهن القارئ حتى يكون أكثر فائدة وأعم نفعا .

وقد تعرضنا لمسائل وأن كانت تبدو غريبة للقارئ إلا أنها تحدث فى العمل بل عرضت بعض هذه الأنزعة على المحاكم فعلا كالطلاق الصورى والفرق بينه وبين الإقرار غير الصحيح الصادر من الزوج فى مرض موته والطلقة المكملة للثلاث بقصد الاضرار بزوجته أو الإقرار غير الحقيقى بإنتهاء عدة الطلاق البائن لحرمانها من الميراث .

ولم يقتصر بحثنا على ما تقدم بل إتجهنا إلى الناحية التشريعية وبينا أوجه القصور فى التشريع ثم ناشدنا المشرع بالتدخل للحد من الصورية والعمل على تلافى زيادتها مستقبلا بالعقاب على الأنواع الصارخة منها والتى تسبب ضررا جسيما للمواطنين فى معتقدهم وفى ما لهم أسوة بالحالة الوحيدة التى جرمها المشرع وهى صورية الديون التى تصدر من المدين المعسر لأحد دائنيه أضرارا بباقى الدائنين .

وإذا كنا قد حرصنا على معالجة كثير من الموضوعات التى لم يتعرض لها أحد من الفقهاء - على حد علمنا - ولم تصدر فيها مبادئ قضائية - طبقا للمراجع التى تحت أيدينا - فإن حجتنا فى ذلك أن الاجتهاد فيما لم يبحثه أحد الزم القاضى من الاجتهاد فيما طرقه آخرون ورأينا بلا شك يحتمل الصواب كما يحتمل الخطأ وعذرنا ما قاله الامام ابو حنيفة النعمان « قولى هذا رأى فمن جاءنا بأحسن منه أخذناه » ويكفى أننا فتحنا الباب على مصراعيه للجدل والمناقشة فى سبيل التوصل للرأى الصائب ولا ثراء فقه القانون .

وإذا كانت شريعتنا الغراء قد حثت على الاجتهاد حتى انها جعلت اجرا للمجتهد الذى اخطأ مادام انه قد بذل فى البحث غاية جهده وكان رأيه مبرءا من الغرض والهوى - هو ما حاولناه وسعينا اليه قدر طاقتنا - فاننا ندعو من يجد من الزملاء فى نفسه القدرة على العطاء ان يدلى بدلوه دون تردد أو أبطاء خصوصا وان النادى قد اعتزم بمشئية الله آن يصدر مجلته شهريا وفيها متسع للبحث والدراسة .

ولا يفوتنا أن نقدم الشكر لأعضاء مجلس ادارة نادى القضاة لتعاونهم معنا أثناء طبع هذا الكتاب وندعو الله أن يعينهم على آداء رسالتهم ليظل هذا النادى العتيد والذى آتى على يديه كل خير أصاب القضاة - كالصرح الشامخ سدا منيعا لكل من تحدثه نفسه بالمساس بحصانات وضمانات استقلال القضاء .

ونرى لزاما علينا فى كل مؤلف وفقنا الله لإنجازه أن نقدم الشكر خالصا

للسادة المستشارين رئيس وأعضاء المكتب الفنى بمحكمة النقض على سعة صدورهم واستقبالهم الكريم وتزويدنا بذخيرة قيمة من أحكام النقض الحديثة مضحين فى ذلك بوقت وجهد ثمينين وفى مثل ذلك فليعمل العاملون وليتنافس المتنافسون .

وإذا كان مجلس إدارة النادى وعلى الأخص فى فترة رئاسة المستشار وجدى عبد الصمد رئيسه السابق والمستشار يحى الرفاعى رئيسه الحالى قد أدى ومازال يؤدى باستمرار وباقتدار جهدا خارقا فى سبيل القضاة فإن من حقه عليهم أن يحثهم على إنجاز قضاياهم بسرعة بعد قراءة متأنية دقيقة حتى يقدموا الدليل القاطع والبرهان الساطع على أنهم ظل الله فى أرضه وأنهم لعهدهم راعون ولأمانتهم حافظون ولتوصيل العدالة لأصحابها فى أقرب وقت محققون .

وختاما فإن خير ما ننهى به هذه المقدمة كلمات بينات من دستور المسلمين الذى نزل به الروح الأمين على قلب الرسول الكريم رحمة للعالمين ونورا وضياء للمهتدين « ربنا لا تؤاخذنا أن نسينا أو أخطانا وما أوتيتم من العلم إلا قليلا وقل رب زدنى علما ورب إشرح لى صدرى وما توفيقى إلا بالله وعلى الله قصد السبيل وصدق الله العظيم » .

مايو سنة ١٩٨٦

المؤلفـــان



مقدمـــــة الطبعة الثالثـــة

سبحانك اللهم خير معلم : علمت بالقلم القرون الأولى فقد علمتنا مالم نكن نعلم وكان فضلك علينا كبيراً ونعمتك جزيلة وعديدة فقد نفذت الطبعة الثانية من هذا المؤلف فى فترة وجيزة وألح كثيرون فى طلبه سواء أصحاب المكتبات أم المشتغلون بالقانون لذلك فقد أستجبنا للطلب ولبينا النداء وأخرجنا هذه الطبعة .

ونظراً لأن المبادىء العامة فى الصورية لم يمسها المشرع بتعديل . كذلك فإن القوانين الحديثة التى صدرت لم نجد للصورية فيها مجالاً يستحق الشرح . كما أن محكمة النقض لم تصدر مبادىء جديدة فى الصورية . ومن أجل ذلك كله لم نجد مايستحق إضافته لهذه الطبعة . ومن هذا المنطلق فإننا نؤكد أن هذه الطبعة ليس فيها جديداً عن الطبعتين السابقتين .

(وخير مانختم به هذه المقدمة آيات بينات من أعظم كتاب أنزله رب العزة هدى ورحمة للعالمين (.ربنا لاتزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا وهب لنا من لدنك رحمة إنك أنت الوهاب) .

المؤلفان

أبريل سنة ١٩٩٣

بسم الله الرحمن الرحيم

فصل تمهيدى

الصورية فى الفقه الإسلامى

إذا كانت الصورية تعنى فى الفقه القانونى اصطناع مظهر كاذب فى تكوين تصرف قانونى وعلى الأخص إبرام عقد . وشبه ذلك فى الفقه الإسلامى الحيلة . إذ يمكن ان نتصور من خلالها عقودا صورية غير حقيقية .

ونذكر فى هذا االصدد ما قاله شيخ الاسلام ابن تيمية فى خصوص التشديد على تحريم الربا ومنع الاحتيال له بكل الطرق :

« وجماع الحيل نوعان : اما ان يضموا الى احد العوضين ما ليس بمقصود ، أو يضموا الى العقد عقدا ليس بمقصود . ومثل النوع الثانى بأن » يقرن بالقرض محاباة فى بيع او اجارة أو مساقاة . ونحو ذلك . مثل ان يقرضه الفاً ويبيعه سلعة تساوى عشرة بمائتين ونحو ذلك . فهذا من الحيل لا تزول به المفسدة التى حرم الله من آجلها الربا .

وجاء فى موضع آخر لابن تيمية ايضا :

« لا يجمع بين معاوضة وتبرع لان ذلك التبرع كان لأجل المعاوضة لا تبرعا مطلقا فيصير جزءًا من العوض .

فاذا اتفقا على انه ليس جمعا بين أمرين متناقضين . فان من أقرض رجلا ألف درهم وباعه سلعة تساوى خمسمائة بألف لم يرض بالإقتراض الا بالثمن الزائد للسلعة . والمشترى لم يرض ببذل ذلك الثمن الزائد الا لأجل الالف التى اقترضها . فلا هذا باع بيعا بألف ولا هذا اقرض

قرضا محضا بل الحقيقة انه اعطاه الالف والسلعة بألفين - وهكذا من أكرى الارض التى تساوى مائه بألف واعراه الشجر ، ورضى من ثمرها بجزء من الف فمعلوم الاضرار : انه انما تبرع بالثمرة الالف التى أخذها ، وان المستأجر انما بذل الالف لأجل الثمرة .

فالثمرة هى جل المقصود المعقود عليه أو بعضه ، فليست الحيلة إلا ضربا من اللعب وإلا فالمقصود المعقود ظاهرا .

واذا دققنا النظر فى العروض السابقة يبين وجود تصرف ظاهر واخر خفى ، وعلى سبيل المثال : فالقرض بزيادة ربا فى الحقيقة وبيع فى الظاهر .

موقف الشريعة الإسلامية من نظام الحيل :

الحيل تنقسم الى قسمين :

١ - الحيل الشرعية المباحة .

٢ - الحيل الشرعية المختلف فيها .

١ - الحيل الشرعية المباحة :

هى التحيل على قلب طريقة مشروعة ، وضعت لأمر معين ، واستعمالها فى حالة اخرى بقصد التوصل الى اثبات حق ، او منع مظلمة ، أو الى التيسير بسبب الحاجة . فهذا الضرب من الحيل لا يهدم مصلحة شرعية . فهو اذن جائز فى جميع المذاهب .

المثال :

اعتاد اهالى بخارى الإجارة الطويلة . ولكن بما ان هذه الإجارة - لا تجوز عند الحنفيين فى الاشجار ، لذلك اضطر هؤلاء الى وضع حيلة بيع الكرم وفاء .

فالبيع الوفائى كان هنا صلة شرعية اتخذت بسبب حاجة الناس ، ولا جل التخلص من قاعدة منع الإجارة الطويلة فى الأشجار .

الحيل الشرعية المختلف عليها :

وهو الذى يقصد منه « التحيل على قلب الاحكام الثابتة شرعا الى احكام أخرى ، بفعل صحيح الظاهر لغو فى الباطن » .

وقد حصل خلاف نعرض له :

« الحيل عند الحنفية وبعض الشافعية » .

روى عن الامام ابى حنيفة انه قال :

« إن قصد ابطال الاحكام صراحة ممنوع ، واما ابطاله ضمنا فلا » .

وقد تساهل بعض فقهاء الشافعية فى قبول الحيل الشرعية بالمعنى الثانى . وذكروا امثلة منها فى معظم ابواب الفقه : ونعرض بعض الأمثلة :

١ - معلوم انه لا وصية لوراث فى الشرع الاسلامى ، الا باجازة الورثة . بناء على هذه القاعدة لم يجوز المذهب الحنفى اقرار المورث لوارثة بدين فى مرض الموت الا باجازة باقى الورثة ، لان هذا يحمل على محمل الوصية . فالحيلة فى ذلك هى ان يقر المريض بالدين لرجل اجنبى يثق به . وهذا بدورة يقبض قيمة الدين من التركة ويدفعها الى الوارث .

٢ - ان الشفعة جائزة فى المذهب الحنفى للشريك فى الملك المبيع ، وللخليط فى حقوق المبيع ، وللجار ، ولكن الفقهاء استنبطوا حيلا مختلفة للتخلص من حق الشفعة .

لو كان زيد يملك دارا بجوار دار عمرو ، ثم اراد زيد بيع داره لاجنبى ، كان لعمرو حق تملكها بالشفعة بسبب الجوار ، بشرط دفعه الثمن الذى اداه المشترى الاجنبى .

فمن حيل تخليص الدار من الشفعة ان يقر زيد للاجنبى بأن الدار له ويشهد على ذلك شهودا ثم يعطى المقر له الثمن لزيد على سبيل الهبه .

فهذا العمل باطنه بيع وظاهره اقرار بالملك مع الهبة . وقد استعملت حيل للتوصل الى هضم حق صاحب الشفعة .

وحيل أخرى : أن يهب زيد الدار للمشترى الاجنبى ، ويعوضه المشترى عن ذلك مبلغا من المال . وبهذا لا يكون لعمرو فى الدار شفعة ، لانه لا شفعة فى عقد الهبة .

٢ - **بيع التلجئة** :

وهو البيع الذى يضطر اليه المرء لخوف ظالم أو لسبب ضرورى آخر . وهو بيع صورى ظاهر يخفى فى باطنه إتفاقا مخالفا ويقول ابن عابدين « وبيع التلجئة ، وهو ان يظهرا عقدا وهما لايريدانه ، يلجأ اليه لخوف عدو ، وهو ليس ببيع حقيقة بل كالهزل .

ولذا نصت المادة ٢٣٥ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل على ما يأتى :

« لا يصح بيع التلجئة فلو أشهد « انى ابيعه خوفا وتقية « وباعه كان البيع باطلا » .

وقد أبطل الحنابلة هذا البيع الصورى .

٣ - لا يجوز أخذ عوض بقرض ، بسبب تحريم الربا ، فالحيلة فى التوصل الى دفع العوض عن القرض هى ان يبيع المدين من الدائن سلعة بأقل من قيمتها ، أو ان يشترى منه سلعة بأكثر من قيمتها ، أو ان يهديه هدية بما يوازى العوض .

فمثل هذه الامثلة وما اليها أجازها الفقهاء الحنفية وبعض الفقهاء الشافعية .(كتاب المخارج فى الحيل المنسوب الى الامام محمد بن الحسن صاحب أبى حنيفه) ولكن قبول نسبة الكتاب اليه يستدعى بعض التردد والتحفظ . لانه روى عن هذا الامام انه كان يكره الحيل الموصلة الى ابطال الحق .

باقى المذاهب الإسلامية :

روى عن الامام الشافعى انه يسوغ الحيل ولكن من عرف سيرته وفضله . انه لم يكن معروفا بفعل الحيل ولا بالدلالة عليها . واكثر الحيل التى ذكرها المتأخرون المنتسبون الى مذهبه من تصرفاتهم تلقوها عن الحنفيين وأدخلوها فى مذهبه .

وكذلك حرم الإمامان مالك وابن حنبل جميع الحيل الشرعية .

وقد عقد الامام أبن القيم فى الموضوع فصولا طويلة بين فيها باسهاب

الأدلة على بطلان هذه الحيل ورد على حجج من جوزها ، ثم فرق بين الحيل المحرمة والحيل المشروعة .

ومما قاله بهذا الصدد :

ان تحريم الحيل يستند الى القاعدة الشرعية الاصولية ، ان التشريع مبنى على مصالح مقصودة ، وانه يجب سد الذرائع أو الوسائل التى تفوت هذه المصالح ، فلو وضع الشارع حكما مبنيا على مصلحة مقصودة ثم أجاز الحيلة للتخلص من هذا الحكم ، لكان ذلك نقضا له ، وهو تناقض لا يجوز وقوعه ، ومن قال بعكسه ، كان مخالفا لروح الشرع ، وتاركا لمعانى الشريعة المعقولة ، وهذا ما يأباه - الشارع ، بل ما تأباه سياسة ملوك الدنيا ... فان احدهم اذا منع جنده أو رعيته أو أهل بيته من شئ ، ثم اباح لهم الطرق والاسباب والذرائع الموصلة اليه ، لعد تناقضا ، ولحصل من رعيته وجنده ضد مقصوده ، فما الظن بهذه الشريعة الكاملة ، التى هى فى أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال ؟ ..

ومثلا ، ان الشفعة « شرعت لدفع الضرر ، فلو شرع التحيل لا بطالها ، لكان عودا على مقصود الشريعة بالابطال ، وللحق الضرر الذى قصد ابطاله » وفوق هذا الدليل الفعلى على تحريم الاحتيال على الشريعة . نبين فيما يلى بعضا من أدلة التحريم الشرعية .

١ - ان نصوص الشرع لا تقصد الى الاعمال الشرعية بنفسها ، بل الى مصلحة وضعت لاجلها ، فاذن ، ينبغى ان تفسر الاعمال جميعا بحسب روحها وحقيقتها ، لا بحسب ظاهرها ، وان تمنع من ثم الحيل الخارجية التى تخفى فى باطنها عملا محرما .

مثلا الآية الكريمة « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم » .

وتفسيرها ان المسلمين منعوا من سب الاصنام لئلا تتخذ عبدتها ذلك ذريعة الى سب الله تعالى .

وبهذا المعنى جاء فى البخارى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال « ان من أكبر الكبائر ان يلعن الرجل والديه . قيل يا رسول الله . وكيف يلعن الرجل والديه ؟ قال يسب الرجل أبا لرجل . فيسب أباه ويسب امه .

٢ - ان فى هذا التحيل على القانون خداعا ، وان الخداع محرم فى الشرع الاسلامى بدليل الكتاب والسنه .

فقد جاء فى الآية الكريمة « ولا تتخذوا آيات الله هزءا » وجاء فى الحديث الشريف « ولا تحل الخديعة لمسلم » .

٣ - روى عن النبى صلى الله عليه وسلم وعن الصحابة التابعين ما يؤيد الحيل - الشرعية ، مثالها الحديث الشريف .

« اذا قرض احدكم اخاه قرضا فأهدى اليه طبقا لا يقبله ، أو حمله على دابة فلا يركبها ، الا ان يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك » .

وجاء ايضا عن ان مسعود وابن عباس انهما ، امتثالا لسنة النبى ، افتيا بالنهى عن قبول هدية المدين قبل الوفاء ، لان المقصود بها تأخير الاقتضاء وتجويد الحيلة على الربا ، وكذلك اتفق الفقهاء والتابعون ، ومن ائمة الحديث كالبخارى وغيره ، على منع الحيل فى الاحكام وعلى وجوب تركها . (راجع فيما تقدم أحكام الالتزام بين الشريعة الاسلامية والقانون للدكتور طلبه خطاب ص ١٢١ وما بعدها والاشباه والنظائر لابن نجم ص ٤١ وفلسفة التشريع الاسلامى للاستاذ صبحى المحمصانى ص ٢٢٠ والقواعد النورانية الفقيهة لابن تيميه ص ١١٩ ، واعلام الموقعين لابن القيم الجزء الثالث ص ١١٩ والجزء الرابع ص ٤٠ والموافقات للشاطبى الجزء الثانى ص ٣٨٠) .

الباب الأول
أحكام الصورية

الفصل الأول
مبادئ عامة فى التعريف بالصورية وشروطها وعلتها وآثارها

١ - تعريف الصورية :

الصورية هى اتفاق طرف التصرف القانونى على إخفاء إرادتهما الحقيقية تحت شعار مظهر كاذب ، سواء كانت الصورية مطلقة أو نسبية ، وذلك لغرض ما يخفيانه عن الغير . فيكون المتعاقدان فى مركزين قانونيين متعارضين ، أحدهما ظاهر ولكنه كاذب يعتقد الغير أنه هو الحقيقة ، والآخر حقيقى ، ولكنه خفى عن الغير . ومن هنا وجد التصرف الظاهر ، وهو التصرف الصورى ووجد التصرف المستتر وهو التصرف الحقيقى ، وهو ما يسمى ورقة الضد .

ولا يوجد فى التقنين المدنى المصرى نظرية عامة للصورية ، ولم يخصص لها بابا خاصا يجمع أحكامها ، مع ما لها من الأهمية فى دائرة نطاق قانون التصرفات .

وقد نص المشرع على الصورية فى المادتين ٢٤٤ ، ٢٤٥ من القانون المدنى وضعهما فى الفصل الثالث من الباب الثانى تحت عنوان ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان فى الشق الخاص بآثار الالتزام بالنسبة لذمة المدين .

النصوص القانونية :

مادة ٢٤٤ مدنى . تنص على أن :

١ - إذا أبرم عقد صورى ، فلدائنى المتعاقدين والخلف الخاص متى كانوا حسن النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصورى ، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم .

٢ - وإذا تعارضت مصالح ذوى الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر ، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين .

مادة ٢٤٥ مدنى تنص على أن

« إذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى .» .

٢ - شروط الصورية

يشترط فى الصورية الأمور الآتية

١ - اتحاد العاقدين فى العقدين

٢ - اتحاد موضوع التعاقد بينهما

٣ - اتحاد وقت صدورهما

٤ - الاتفاق على إخفاء حقيقة العقد

فلا صورية فيما إذا صدر العقد الثانى بعد الأول وكان يشمل اتفاقا جديدا ، ولو الغى الاتفاق العقد الأول أو عدل نتائجه . كما إذا تعاقد شخصان على بيع عين ، ثم اتفقا على فسخ البيع ، أو على تعديل شروطه ، فليس هناك صورية لأن العقد الأول كان جديا وقت صدوره وليس العقد الثانى إلا اتفاقا جديدا على إلغاء البيع أو تعديل شروطه .

ومعنى اتحاد وقت صدور العقدين الاتفاق عليهما فى وقت واحد ، أى - الاتفاق على صورية العقد الظاهر وقت صدوره - فلا يمنع صورية العقد حصول صاحبه على ورقة الضد بعد صدوره .

فاتحاد التاريخ دليل على صورية العقد ، ولكن اختلاف التاريخ ليس دليلا قاطعا على جدية العقد . وهذه مسألة متروكة لتقدير القاضى ، لأنه لا يمكن أن يقال حينئذ أن الطرفين قصدا الصورية وإخفاء حقيقة الواقع . كما إذا احتفظ المشترى الظاهر لنفسه فى عقد شرائه بالحق فى

تسمية المشترى الحقيقى . لأن شرط الصورية أن يبقى العقد المستتر الحقيقى سرا بين الطرفين .

فالصورية تتضمن مهما كان الشكل الذى تتخذه وجود اتفاق خفى يزدوج بالاتفاق الظاهر ليعدم أو يغير أو ينقل آثاره ، فهى تتميز عن التدليس المعيب للرضا فى أنها تقوم على تواطؤ الطرفين فلا يغش أحدهما الآخر كما تتميز عن التزوير لأن كلا الطرفين عالم بها ، ومن ثم لا يجوز الطعن فى عقد بالتزوير لصوريته . وهى تتميز عن التحفظ الذهنى فى أنه يستقل به أحد العاقدين بإظهار إرادة وإبطان أخرى ، وهى تنتفى كلما وجد عقد جدى ولو كان طرفاه قصدا به الوصول إلى غرض آخر فوق الغرض المباشر من العقد كتصرف المدين تصرفا جديًا إضرارا بدائنية .

(الوسيط د . السنهورى ص ٦١٦ ، د . اسماعيل غانم بند ٨٦ ، نظرية الصورية فى التشريع المصرى للدكتور أحمد مرزوق ص ٥ وما بعدها ، ص ٨٩ وما بعدها .) .

تعاصر العقدين الظاهر والمستتر :

من المقرر أنه يشترط لقيام الصورية وجود تصرف ظاهر واخر مستتر لمحوه أو تعديله فلا توجد الصورية إلا إذا كانت إرادة الطرفين لم تنصرف فى أى وقت انصرافا جديا من التصرف الظاهر . وإنما كانت متجهة من بادئ الامر إلى محو أثاره أو التعديل فيه . ولازم ذلك أن يكون كل من التصرفين متعاصرين ولو لم يحرر الاتفاق المستتر إلا فى وقت لاحق . أما إذا أبرم الطرفان عقدا جديا ثم اتفقا بعد ذلك عن العدول عنه أو التعديل فيه فإن ذلك يعتبر اتفاقا جديدا لا تتحقق به الصورية .

(اسماعيل غانم - أحكام الالتزام بند ٨٦) .

أحكام النقض :

١ - لما كان الحكم المطعون فيه قد أورد فى هذا الخصوص قوله « أن الخبير انتهى فى تقريره إلى أن القدر موضوع الدعوى بحسب حدوده

الموضحة بالعريضة هى نفس الأطيان التى شملها عقد البيع العرفى المؤرخ فى ٢ / ٢ / ١٩٥٨ بالحدود الموضحة بها وهى نفس الأطيان التى شملها الإقرار المؤرخ ١٩٥٨/٣/٢٨ .. وأما ما يذكره المستأنفون - الطاعنون - من أن ذلك الإقرار لا يعتبر ورقة ضد فمردود بأن عبارات هذا الإقرار واضحة وصريحة فى أنه يفسر عقد البيع المؤرخ ٢٠ / ١٢ / ١٩٥٨ بأنه عقد رهن مما يعتبر معه أن حقيقته ورقة ضد ... وأنه وقد انقشع زيف ما رمى به المستأنفون الإقرار المؤرخ ٢٨ / ٣ / ١٩٥٩ بثبوت صحته فيغدو ورقة ضد لعقد البيع المذكور يؤكد أن نية الطرفين قد انصرفت من بادئ الأمر إلى الرهن » فإن مفاد ذلك أن الحكم المطعون فيه قد استخلص مما أورده الخبير فى تقريره أن الإقرار اللاحق للعقد محل الدعوى الموصوف بأنه عقد بيع بات إنما ينصب على هذا العقد واستنتج الحكم من عبارات هذا الإقرار بما لا خروج فيه على المعنى الظاهر لها - أن العقد وإن كان فى ظاهره بيعا إلا أن طرفيه إنما قصدا به فى الحقيقة منذ البداية أن يكون ساترا لرهن حيازة ، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ إذ يكفى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - فى اعتبار الإقرار المذكور ورقة ضد توافر المعاصرة الزمنية التى تربطه بالعقد وإن اختلف تاريخهما - لما كان ذلك فإن النعى على الحكم المطعون فيه بهذا الوجه يكون غير سديد (نقض ٩ / ٤ / ١٩٧٤ . س ٢٥ ص ٦٥٨) .

٢ - من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن البحث فى كون البيع الصادر من المورث لأحد الورثة حقيقيا أو صوريا وهل هو تصرفا منجزا أو مضافا إلى ما بعد الموت من المسائل الموضوعية التى قوامها الواقع الذى تستظهره محكمة الموضوع من نية المتعاقدين بناء على تصرفاتهم السابقة والمعاصرة والتالية لعقد البيع ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فيه مادام استخلاصها سائغا وله أصله الثابت فى الأوراق . (نقض ١٠ / ٢ / ١٩٨٥ - طعن رقم ٦٨١ لسنة ٥١ قضائية) .

٣ - عقد البيع الذى يخفى رهنا ويستطيع البائع فيه استرداد المبيع إذ هو رد الثمن إلى المشترى إنما هو صورة من بيع الوفاء الذى حظره المشرع بالنص على بطلانه فى المادة ٤٦٥ من التقنين المدنى والتى

مفادها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه يشترط فى بيع الوفاء الذى يبطله القانون أن تتجه إرادة الطرفين وقت إبرام العقد إلى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة ولا يلزم أن يدرج هذا الشرط فى ذات العقد بل يجوز إثباته فى ورقة لاحقة بشرط توافر المعاصرة الذهنية التى تربطه بالبيع وأساس بطلان البيع الوفائى الذى يستر رهنا هو أنه غير مشروع ومن ثم لا تلحقه الإجازة ولا يترتب عليه أى أثر سواء بين المتعاقين أو بالنسبة للغير فيبقى المبيع على ملك البائع ويكون له أن يسترده .
(نقض ٩ / ٥ / ١٩٨٥ - طعن رقم ٩٢٢ لسنة ٥١ قضائية) .

٣ - مدى الصورية :

الصورية لا تخرج عن إحدى حالات ثلاث .

٢ - أن لا يكون للعقد الصورى أثر فى الوجود بالمرة .

٢ - أن يكون للعقد وجود ، ولكن العاقدين قد أخفيا ماهيته الحقيقية أو أخفيا عيبا فيه .

٣ - أن يكون للعقد وجود ، وقد أظهر العاقدان ماهيته الحقيقية ، ولكنهما أخفيا صاحب المصلحة فيه بالذات .

٤ - علة الصورية :

علة الصورية فى الغالب الهروب من أحكام القانون ، على أنه قد يظهر للعاقدان مصلحة مشروعة فى الصورية ، كما إذا أراد أحد العاقدين ألا يظهر بنفسه فى العقد تسهيلا للتعاقد . وكما إذا ذكر العاقدان سببا صوريا للعقد هو فى ذاته سبب مشروع . وكما إذا أعطى العاقدان للعقد تاريخا غير حقيقى وكان التاريخ الصورى لا يؤثر فى صحة العقد ونفاذه .

وإذا ما ثبتت الصورية ، أو أقر بها طرفاها ، كانت فى ذاتها قرينة على عدم مشروعية العمل ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك .

ولهذه القاعدة أثرها فى توزيع عبْ الإثبات مع المتعاقدين ، فتصبح مأمورية المدين الطاعن بصورية سبب الدين مثلا ، قاصرة على إثبات

مخالفة السبب الوارد بالعقد الواقع . ويقع على عاتق الدائن حينئذ إثبات أن لدينه سببا صحيحًا .

٥ - أثر الصورية :

ليست الصورية فى ذاتها سببا لبطلان العقد ، لأن الصورية قد تخفى عملا مشروعا وإنما يرجع بطلان العقد إلى الأسباب الأخرى غير المشروعة التى سترها العاقدان بالصورية .

فالصورية نفسها عمل من أعمال التدليس ، من شأنها إخفاء عيوب العقد ، ولكنها ليست السبب المباشر لبطلانه .

الفصل الثانى

أنواع الصورية

الصورية قسمان : صورية مطلقة ، وصورية نسبية والصورية المطلقة تتناول وجود العقد ذاته ، فيكون العقد الظاهر لا وجود له فى الحقيقة . والصورية النسبية . قد تكون بطريق التستر ، وقد تكون بطريق المضادة وقد تكون بطريق التسخير .

كما تنقسم الصورية إلى صورية مشروعة وصورية غير مشروعة .

المبحث الأول : الصورية المطلقة

الصورية المطلقة تتناول وجود العقد ذاته ، فيكون العقد الظاهر لا وجود له فى الحقيقة ولا تتضمن الورقة المستترة عقدا آخر حقيقيا يختلف عن العقد الظاهر ، بل تقتصر هذه الورقة على تقرير أن العقد الظاهر إنما هو عقد صورى لا وجود له .

مثال ذلك : شخص يريد أن يتوقى من دائنيه أن ينفذوا على شئ يملكه ، فيبيع هذا الشئ بيعا صوريا إلى شخص يتفق معه على ذلك ، ويحرران بالبيع عقدا ظاهرا ، ويكتبان فى الوقت ذاته سندا مستترا يذكر فيه أن البيع لا حقيقة له وهذا السند المستتر هو ورقة الضد »

ففى هذه الصورة نرى اقتراب الصورية من الدعوى البوليصية ، ففى كليهما يحاول المدين بغشه أن يضر بحقوق دائنيه ، وفى كليهما يعطى القانون سلاحا للدائنين يحاربون به غش المدين .

على أنه قد يكون للصورية المطلقة أغراضا أخرى غير الاضرار بحقوق الدائن . فقد يتفق شخص مع أخر ممن يلوذ به على بيعه صوريا النصاب المالى المطلوب لمركز يرشح نفسه له ، أو يبيعه بيعا صوريا مالا يظهر به فى مظهر ذوى اليسار حتى يتسنى له الانخراط فى جمعية أو شركة تتطلب هذا المظهر ، أو مصاهرة أسرة تنشد هذا اليسار .

(الوسيط للدكتور السنهورى جـ ٢ ص ١٠٧٣) .

أحكام النقض :

١ - وحيث أن هذا السبب مردود بما ذكره الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه نقلا عن أقوال الشهود وما انتهى إليه من « أن المحكمة ترتاح للأخذ بما شهد به شهود المدعية وترى أن عقد المدعى عليهما الأولين صورى يعزز ذلك :

١ - أن المدعى عليهما الأولين لم يجرحا أى شاهد من شهود المدعية .

٢ - أنهما زوجتا المدعى عليه الأخير وتقيمان فى كنفه وقد أعلنتا بصحيفة هذه الدعوى فى مواجهة زوجهما .

٣ - ثابت من القضية رقم ٢٤٤٩ سنة ١٩٤٥ أن المحكمة اعتبرت أن واضع اليد على الأرض هو المدعى الأخير دون زوجتيه المدعى عليهما الأولين أو مستأجرهما محمد محمد شعلان وقد كان هذا الحكم فى مواجهة المدعى عليهم جميعا وفى مواجة محمد محمد شعلان .

٤ - أن أحد الشهود وهو عبد القادر شيحه شقيق المدعى عليها الأولى ... وهذا الذى قرره الحكم فى استخلاص موضوعى يستقيم به قضاء الحكم بصورية عقد شراء الطاعنتين الثانية والثالثة صورية مطلقة أما ما يثيره الطاعنون الآن من أن الصورية نسبية ولا تعدو ستر التبرع الذى كان مقصودا بالعقد فهو دفاع جديد لم يحصل التمسك به أمام محكمة الموضوع ولا يقبل عرضه لأول مرة أمام محكمة النقض .

وحيث أن حاصل السبب الثالث أن الحكم المطعون فيه مسخ أقوال شهود الطاعنتين الثانية والثالثة إذ أجمع الشهود على جدية عقد البيع الصادر إليهما وأن ثمنا دفع فى مجلس العقد فالقول بأن شهادتهم لم تتناول عدم صورية العقد هو مسخ لدلالة هذه الشهادة .

وحيث أن هذا السبب مردود بأنه وإن كان الحكم المطعون فيه قد ذكر « أن شهادة شهود المستأنفين لم تتناول بأى وجه من الوجوه عدم صورية عقد البيع الصادر إليهما » وكان هؤلاء الشهود قد شهدوا بما يفيد جدية العقد ودفع الثمن إلا أن هذا لا يؤثر فى سلامة الحكم ذلك أنه إذا كان ما استخلصته المحكمة من أقوال بعض الشهود وحدهم بل مستندا إلى أقوال شهود أخرين وإلى قرائن أخرى فى الدعوى فإن الحكم يكون بمنأى عن النقض لقيامه على أدلة أخرى تكفى لحمله ، فمتى كان الثابت أن الحكم المطعون فيه قد أيد الحكم الابتدائى لأسبابه وكان هذا الحكم قد قرر أن المحكمة ترتاح للأخذ بأقوال شهود المطعون عليها دون شهود الطاعنتين وترى أن عقدهما صورى للقرائن السائغة التى عددتها فإن الحكم يكون مستندا إلى أساس يكفى لحمل قضائه .

(نقض جلسة ١٩٥٦/٦/٧ - السنة السابعة ص ٧٠١) .

٢ - ومن حيث أن هذا السبب مردود أولا بأن الطاعن لم يبين

بتقرير الطعن الاعترافات والأحكام المشار إليها فى الشق الأول من النعى عما يترتب عليه عدم قبول نعيه فى هذا الخصوص ، ومردود ثانيا فى الشق الخاص بالدفع بالتقادم بأنه عار عن الدليل إذا لم يقدم الطاعن ما يدل على أنه متمسك لدى محكمة الموضوع بأنه كسب الملكية بالتقادم الطويل - ومردود ثالثا فى الشق الخاص بعقد بيع ٢٢ / ٢ / ١٩٤٤ الصادر من اسطفانه إلى الطاعن بما قرره الحكم المطعون فيه من أن هذا العقد هو عقد صورى صورية مطلقة أولا لأنه بمجرد الطعن على العقد المذكور بالتزوير تنازل الطاعن عن التمسك به فى نفس الجلسة ، وترتب على ذلك عدم السير فى دعوى التزوير ، وأما عدوله فى مذكرته عن التنازل عقب حجز القضية للحكم فإن ذلك لا يخلع على العقد الحياة الأولى التى أهدرها الطاعن بتنازله عن التمسك به ، ثانيا لأنه بعد صدور العقد إلى الطاعن وبعد أن جردت البائعة نفسها مما تملك من ميراث شرعى عن زوجها وابنتها منيرة اعترف الطاعن بأن البائعة تركت ميراثا بدليل تعهده المؤرخ ٢٦ / ٨ / ١٩٤٢ بأنه رهن أربعة أفدنة مما ورثه عن والدته البائعة لأخيه الدكتور شفيق إسكندر « المطعون عليه الأول » ثالثا لأن الطاعن أقام دعوى أمام القضاء المستعجل بمحكمة المنصورة المختلطة ذكر فيها أن الأطيان المطالب برفع الحراسة عنها هى ١٨ ف مملوكة له خاصة والباقى ٤٧ ف لورثة صليب نصر ويدخل فيها المقدار الذى ادعى شراءه من والدته - وهذا الذى أقام عليه الحكم قضاءه بصورية عقد بيع اسطفانه صورية مطلقة للقرائن والأدلة السائغة التى أوردها الحكم والتى يجوز بها الإثبات بكافة الطرق بالنسبة للورثة الذين يضر هذا العقد بحقوقهم هو تقرير سليم يستقيم به قضاؤه ويكفى لحمله .

(نقض ٢٩ / ١٢ / ١٩٥٥ - السنة السادسة ١٦٣٥) .

٣ - وحيث أن هذا السبب مردود بأن النعى به غير منتج ، ذلك أن الحكم المطعون فيه أقام قضاءه على صورية عقد شراء الطاعن صورية مطلقة مدارها التدليس والتواطؤ ولم يستند فى ذلك إلى مجرد علم الطاعن بصورية عقد شراء المطعون عليها بل زاد على ذلك قوله : « وحيث أنه يضاف إلى ذلك .. ثانيا - ذكر فى العقد الصادر من يوسف عثمان

حجاج إلى عبد اللطيف محمود يوسف حجاج (الطاعن) بيع ٤ فدادين و ٢٣ قيراطا و ٢٢ سهما و ٢٤٧ مترا مربعا فى المنزل بثمن قدره ٧٠٠ جنيه أنها دفعت جميعها إلى البائع مع أنه ذكر بالعقد تسجيلات عديدة على العين المبيعة ومن غير المقبول عقلا أن يدفع المشترى جميع الثمن مع وجود تلك التسجيلات التى تهدد ملكيته تهديدا داهما .. رابعا - ثبت أيضا من التحقيق أن يوسف المستأنف عليه الأول لا يزال يضع يده على المنزل ومقيم فيه للآن . خامسا - أن المستأنف عليهما الأولين محمد ويوسف عثمان أبناء عم كل من المستأنف عليهما الثالث والرابع عبد المطلب محمود يوسف حجاج وأحمد عبد الكريم مصطفى حجاج والمستأنف عليه الأول زوج شقيقة المستأنف عليه الثالث المشترى منه » . وهذا الذى قرره الحكم يؤدى عقلا وبذاته إلى ما انتهى إليه من صورية عقد شراء الطاعن بغير حاجة إلى ثبوت صورية التصرف الصادر إلى المطعون عليه الثانى من والده صورية مطلقة أو ثبوت علم الطاعن بهذه الصورية ، ومتى كان ذلك وكانت محكمة الاستئناف غير ملزمة بالرد على كل أسباب الحكم المستأنف مادام قضاؤها مبنيا على أساس سليم فإن كل ما ينعاه الطاعن فى هذا السبب يكون فى غير محله .

(نقض جلسة ١٩٥٦/٢/٩ - السنة ٧ ص ٢٠٥)

٤ - وحيث أن هذا النعى مردود فى سببية - أولا - بأن الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على الأخذ بحجية عقد المطعون عليها المسجل فى ١٩ يونيه ١٩٤٠ وأعمال آثاره القانونية باعتباره عقدا باتا ناقلا للملكية - وباعتبار أن الزوجة المطعون عليها هى المشترية وأنها هى التى دفعت الثمن وذلك أخذا بنصوص العقد وبأنه يبين من الوقائع التى أثبتها الحكم المطعون فيه أن الطاعنين أقروا بصدور البيع فعلا من طه الكاشف وانحصر النزاع بينهم وبين المطعون عليها فى شخص المشترى دافع الثمن إذ تمسكوا بأنه هو مورثهم بينما تمسكت المطعون عليها بظاهر العقد وأنها هى المشترية التى قامت بأداء الثمن . وهذا النزاع على شق من العقد حول شخصية المشترى لا يستقيم معه القول بأن العقد منعدم لصوريته صورة مطلقة ومردود ثانيا بأن الطاعنين وهم خلف عام لمورثهم لا يعتبرون من الغير بالنسبة للتصرف المطعون فيه وهو

تصرف بات غير مضاف إلى ما بعد الموت . ويترتب على ذلك أنهم لا يستفيدون من الحكم الصادر فى الاستئناف رقم ١٠٨ سنة ١٩٤٣ الجيزة ولا يفيد منه إلا المشترون الذين قضى بإبطال التصرف بالنسبة لما بيع إليهم كما أنهم لا يملكون من وسائل الإثبات قبل المشترية إلا ماكان يملكه مورثهم فى صدد منازعة المطعون عليها فى ملكيتها الثابتة لها بالعقد المسجل . وما ذكره الحكم المطعون فيه من أن الطاعنين لم يقدموا قرينة على أن التصرف صورى فهو تزيد يستقيم الحكم بدونه أما ما أثاره الطاعنون فى مذكرتهم الشارحة لدى هذه المحكمة من وجود مانع أدبى يبرر الإثبات بغير الكتابة فهو دفاع جديد لم يسبق - التمسك به أمام محكمة الموضوع ولا تجوز إثارته لأول مرة أمام هذه المحكمة .

(نقض ٢٣ / ٦ / ١٩٦١ السنة ٢٢ ص ٢٦٠) .

٥ - وحيث أن هذا النعى فى محله ذلك أنه يبين من الأوراق أن الطاعن تمسك فى مذكرته المقدمة إلى محكمة الاستئناف لجلسة ٥ نوفمبر سنة ١٩٦٠ والمقدمة صورتها الرسمية بملف الطعن بما جاء بمذكرته المقدمة لمحكمة الدرجة الأولى التى طعن فيها بالصورية المطلقة على العقد المسجل فى ١٦ من يونيه سنة ١٩٥٦ والصادر من بعض ورثة ميخائيل برسوم إلى المطعون ضده الثانى متضمنا بيع هؤلاء الورثة له ٢٢ ط - و ٦٢ س شائعة - والذى استند إليه المطعون ضدهما الأولان فى منازعتهما للطاعن فى دعواه وقد بين الطاعن فى مذكرته هذه الأسانيد التى يعتمد عليها فى طعنه بهذه الصورية - ولما كان الحكم المطعون فيه قد أغفل بحث هذا الدفاع والرد عليه بل ولم يشر إليه فى أسبابه مع آنه دفاع جوهرى من شأنه لو صح أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى إذ لو ثبتت صورية ذلك العقد صورية مطلقة حسبما يدعى الطاعن فإن هذا العقد يكون باطلا ولا يترتب عليه نقل ملكية القدر الوارد فيه إلى هذين المطعون ضدهما ولو كان مسجلا إذ ليس من شأن التسجيل آن يصحح عقدا باطلا ومتى أضحى المطعون ضدهما المذكوران غير مالكين لذلك القدر فقد أسند منازعتهما للطاعن فى دعواه ذلك أنهما بعد أن تخليا فى استئنافهما عن التمسك بعقد البيع الابتدائى المؤرخ ٣ / ٤ / ١٩٥٥

الصادر إليهما من المطعون ضده الثالث لم يبق لهما من سند أو شأن فى منازعة الطاعن فى دعواه سوى ما قالا به من أنهما يمتلكان بموجب العقد المسجل فى ١٦ من يونيه سنة ١٩٥٦ بعض الأطيان التى يشملها عقد الطاعن الذى رفع به دعواه وأن لهما بهذه الصفة أن يدافعا عن ملكهما فإذا تبين أن عقدهما الذى يستندان إليه فى تلك المنازعة لا وجود له قانونا وبالتالى غير مملك لهما كانت هذه المنازعة منهما غير مقبولة كما يصبح ولا محل للمفاضلة التى أجراها الحكم المطعون فيه بين عقد الطاعن وعقد المطعون ضدهما الأولين لأن أعمال هذه المفاضلة لا يكون إلا بين عقدين صحيحين . لما كان ذلك . وكان الحكم المطعون فيه عول فى قضائه على عقد ١٦ يونيه سنة ١٩٥٦ الذى طعن فيه الطاعن بالصورية المطلقة فإن إغفال هذا الحكم بحث دفاع الطاعن المتضمن صورية هذا العقد صورية مطلقة يجعله مشوبا بالقصور بما يستوجب نقضه دون حاجة لبحث السبب الثانى من سببى الطعن .

(نقض ٢٧ / ٥ / ١٩٦٥ - السنة ١٦ ص ٦٥٥) .

٦ - وحيث أن هذا النعى مردود ذلك أن للمشترى الذى لم يسجل عقده أن يتمسك بصورية عقد المشترى الآخر الذى سجل عقده صورية مطلقة ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد من الوجود لكى يحكم له هو بصحة عقده ويسجل هذا الحكم فتنتقل إليه ملكية العين المبيعة . إذ أنه بصفته دائنا للبائع فى الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر له يكون له أن يتمسك بتلك الصورية آيا كان الباعث عليها لإزالة جميع العوائق التى تصادفه فى سبيل تحقيق أثر عقده . وهذا المشترى يعتبر من الغير فى أحكام الصورية بالنسبة للتصرف الصادر من نفس البائع إلى مشتر آخر وله وفقا لصريح نص المادة ٢٤٤ من القانون المدنى أن يثبت صورية العقد الذى أضر به بطرق الإثبات كافة . ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه بعد أن ناقش القرائن التى ساقها المطعون ضده الأول للتدليل على صورية عقدى الطاعنتين وانتهى منها إلى قيام صلة القربى بينهما وبين المطعون ضده الأول وإقامتهما معه وأنهما لم تضعا اليد على الأطيان المبيعة . وأن مواردهما ضئيلة لا تسمح لهما بشراء الأطيان مو ضوع هذين العقدين جاء بالحكم ما نصه « وحيث أنه فضلا عما

تقدم فقد ثبت من أقوال شهود المستأنف (المطعون ضده الأول) الأربعة الأول أن المستأنف عليه الأول (المطعون ضده الثانى) قد اعترف لأولهم بأن البيع صورى كما اعترف هو والمستأنف عليهما ٢ و ٣ (الطاعنتان) للآخرين بأن البيع صورى وأن المستأنف عليهما لم تدفعا ثمنا كما لم تدفعا رسوم التسجيل وأن البيع قد تم لهما حتى يتمكن البائع من الوصول إلى الاتفاق مع المستأنف على الاستيلاء على ريع العين المبيعة لحين وفاته وأنهما على استعداد للتنازل عن العقد فيما لو تم هذا الاتفاق بينهما فإنه لا نزاع فى أن العقدين الصادرين من المستأنف عليه الأول للمستأنف عليهما الثانية والثالثة غير جديين وحررا لهذا الغرض .. وحيث أنه متى ساندت القرائن السالفة الذكر ما شهد به شهود المستأنف فلا يكون هناك شك فى أن العقدين صوريين صورية مطلقة » وهذا الذى قرره الحكم المطعون فيه يفيد أن محكمة الاستئناف اعتبرت صورية عقدى الطاعنتين صورية مطلقة واستدلت على هذه الصورية بالقرائن التى ساقتها وما ثبت لها من شهادة الشهود وهو استدلال جائز قانونا .

وحيث أن الطاعنتين تنعيان بالسبب الرابع على الحكم المطعون فيه الفساد فى الاستدلال ذلك أنه استند إلى أربع قرائن للتدليل على صورية الطاعنتين هى صلة القربى التى تربطهما بالمطعون ضده الثانى وعدم وضع يدهما على الأرض المبيعة وتفاهة الثمن الوارد فى العقدين وعدم كفاية مواردهما المالية – مع أن هذه القرائن لا تؤدى إلى ما رتبه الحكم عليها – هذا إلى أن الحكم استنتج من أقوال الشهود أن عقديهما صوريان صورية مطلقة مع أن ما قرره الشهود من أن الغرض من البيع الصادر إليهما هو الوصول إلى اتفاق بين المطعون ضدهما على أن يتنازل الأول للثانى عن ريع الأرض المبيعة مدة حياة الثانى لا يؤدى إلا إلى صورية نسبية تخفى غرضا مشروعا .

وحيث أن هذا النعى مردود بما سبق الرد به على السبب الثالث وبأن ما حصله الحكم من أقوال الشهود وما رتبه على القرائن التى ساقها سائغ ويؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم المطعون فيه .

وحيث أنه لما تقدم يكون الطعن برمته غير سديد ويتعين رفضه .

(نقض ١٩٦٦/٥/٢٦ - السنة ١٧ ص ١٢٧١) .

٧ - وحيث أن الحكم المطعون فيه دلل على صورية عقد الطاعنة صورية مطلقة بما قاله من أن دين المطعون ضدها الثانية قبل المطعون ضده الأول سابق على عقد اليع الابتدائى الذى تتمسك به الطاعنة والمبرم بينها وبين زوجها المطعون ضده الأول وأنه ورد فى هذا العقد أن المشترية قد دفعت الثمن كله وقدره ٢٢٠٠ جنيه إلى زوجها البائع وقت تحرير العقد وليس من المعقول أن تجازف الطاعنة بدفع هذا المبلغ الجسيم إلى زوجها قبل تسجيل العقد مع ما تدعيه من أنها كانت على خلاف معه منذ أمد بعيد سابق على تحرير العقد آنف الذكر وأنه طلقها شفاهة على حد زعمها فى ١٨ فبراير سنة ١٩٥٨ ومع ما هو ثابت من أنها كانت تعلم بوجود حق امتياز لشركة سكة حديد مصر الكهربائية على المنزل المبيع مقابل الباقى لها من ثمن الأرض المقام عليها هذا المنزل وأن الطاعنة رغم ادعائها بدفع الثمن جميعه يوم تحرير العقد فى أول فبراير سنة ١٩٥٨ ظلت ساكتة ولم يظهر لهذا العقد أثر حتى رفعت الدعوى بصحته ونفاذه فى ١٦ فبراير سنة ١٩٦٠ بعد أن استصدرت المطعون ضدها الثانية آمر الأداء ضد المطعون ضده الأول بتاريخ ١٦ سبتمبر سنة ١٩٥٩ وبعد إعلانه بهذا الأمر فى ٢٣ من الشهر المذكور وبعد القضاء من محكمة الجنح بحبسه ستة شهور لإعطائه الشيكين للمطعون ضدها الثانية دون آن يكون لهما رصيد يقابلهما ، وقال الحكم المطعون فيه أن دلائل صورية عقد البيع لم تقف عند هذا الحد بل صاحبتها صورة واضحة من صور الصورية عند اتخاذ إجراءات التقاضى فى دعوى صحة ونفاذ العقد إذ أقامت الطاعنة هذه الدعوى أمام محكمة الفيوم الابتدائية وأعلنت صحيفتها إلى الزوج المدعى عليه فيها مخاطبا مع شقيقة الطاعنة وفى آول جلسة حددت لنظر الدعوى تصالح الزوجان وكان الذى صدق على التصالح نيابة عن الزوج هو شقيق الطاعنة بتوكيل صادر إليه من الزوج مما يدل على عدم جدية المنازعة فى تلك الدعوى وأن الزوجين قصدا بهذه الإجراءات الحيلولة بين المطعون ضدها الثانية وبين التنفيذ على المنزل - المراد نزع ملكيته - ولما كانت هذه القرائن التى أوردها الحكم المطعون فيه من شآنها أن تؤدى إلى ما رتبه عليها من

صورية عقد الطاعنة صورية مطلقة وكان تقدير القرائن مما يستقل به قاضى الموضوع ولا شأن لمحكمة النقض فيما يستنبطه من هذه القرائن متى كان استنباطه سائغا وكان لمحكمة الموضوع وهى تباشر سلطتها فى تقدير الأدلة أن تأخذ بنتيجة دون أخرى ولو كانت محتملة متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة كافية لحمله فإن ما تثيره الطاعنة بهذا السبب لا يعدو أن يكون مجادلة موضوعية فى تقدير محكمة الموضوع للأدلة بغية الوصول إلى نتيجة أخرى غير التى أخذت بها تلك المحكمة وهو ما لا يجوز .

وحيث أنه لذلك يتعين رفض الطعن .

(نقض جلسة ١٩٦٦/٣/٢٤ - السنة ١٧ ص ٦٩٥) .

٨ - وحيث أن هذا النعى غير صحيح ذلك أنه وقد تمسكت الطاعنة بالحكم الصادر لها بصحة ونفاذ عقد البيع المحرر بينها وبين زوجها المطعون ضده الأول فدفعت الدائنة مباشرة إجراءات التنفيذ (المطعون ضدها الثانية) بصورية عقد البيع الصادر عنه هذا الحكم وبصورية إجراءات التقاضى التى اتخذت فى شأن هذا الحكم فإن محكمة الموضوع إذ بحثت جدية هذا العقد وانتهت للأسباب السائغة التى أوردتها فى حكمها المطعون فيه إلى أنه صورى صورية مطلقة ثم اتخذت من صورية إجراءات القاضى التى انتهت بصدور الحكم القاضى بصحة ونفاذ هذا العقد قرينة أخرى أضافتها إلى القرائن التى دللت بها على صورية العقد فإنها لا تكون قد جاوزت حدود الدعوى المطروحة عليها أو أهدرت حجية الحكم الصادر فى صحة التعاقد للطاعنة ضد المطعون ضده الأول إذ أن حجية الأحكام مقصورة على أطرافها ولم تكن المطعون ضدها الثانية طرفا فى ذلك الحكم ومن ثم يكون النعى على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون على غير أساس .

(نقض جلسة ١٩٦٦/٣/٢٤ - السنة ١٧ ص ٦٩٥) .

٩ - وحيث أن هذا النعى غير سديد ، ذلك أن محكمة الاستئناف انتهت فى حكميها الصادرين فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٦٤ و ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٦٤ إلى أن المطعون ضدهم رافعى الدعوى يؤسسان طلب بطلان عقد البيع المسجل فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٥ والصادر من المورث إلى

ولديه الطاعن الأول ومورث باقى الطاعنين على أن هذا العقد يستر وصية ، وقد أقام الحكم المطعون فيه قضاءه ببطلان هذا العقد على هذا الأساس ، ولما كانت الدعوى بطلب بطلان عقد البيع على أساس أنه يستر وصية وإن وصفت بأنها دعوى بطلان إلا أنها فى حقيقتها وبحسب المقصود منها إنما هى دعوى بطلب تقرير صورية هذا العقد صورية نسبية بطريق التستر ، وهذه الدعوى لا تسقط بالتقادم لأن ما يطلبه رافعها إنما هو تحديد طبيعة التصرف الذى قصده العاقدان وترتيب الآثار القانونية التى يجب أن تترتب على النية الحقيقية لهما واعتبار العقد الظاهر لا وجود له ، وهذه حالة واقعية قائمة ومستمرة لا تزول بالتقادم فلا يمكن لذلك أن ينقلب العقد الصورى صحيحا مهما طال الزمن ، وعلى هذا الأساس يكون الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدفع بسقوط حق المطعون ضدهم فى الطعن على العقد بالتقادم قد انتهى إلى نتيجة صحيحة ، ولا يؤثر فى سلامته ما ورد فى أسبابه من تقريرات قانونية خاطئة فى هذا الخصوص إذ لمحكمة النقض أن تصحح هذه التقريرات دون أن تنقض الحكم ، وبالتالى يكون النعى بهذا السبب فى جميع ما تضمنه غير منتج .

وحيث أن حاصل السبب الثانى أن الحكم المطعون فيه أخطأ فى تطبيق القانون . ذلك أن المطعون ضدهم أسسوا طلب بطلان التصرف الصادر من مورثهم للطاعن الأول ولمورث باقى الطاعنين على أنه صورى صورية مطلقة ومقصود به حرمان باقى الورثة من حقوقهم المشروعة فى التركة . وكان يتعين على محكمة الاستئناف أن تلتزم حدود ما طعنوا به على العقد ولا تجيز لهم إثبات هذه الصورية بغير الكتابة لكنها ذهبت فى حكمها الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٦٤ مذهبا يغاير ما ذهب إليه المطعون ضدهم فأجازت لهم الإثبات بالبينة تأسيسا على ما قالته من أنهم يهدفون مما ذكروه طعنا على العقد . إلى اعتباره ساترا لوصية لأن دفاعهم تضمن أن التصرف تم بغير عوض وأن المورث احتفظ لنفسه بحقه فى الانتفاع بالعين المبيعة مدى حياته ثم انتهت المحكمة إلى إحالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت المطعون ضدهم أن التصرف لم يكن بيعا ناجزا وأنه قصد به حرمانهم من الإرث ، وهذا من الحكم المطعون فيه

خطأ فى تطبيق القانون ، لأن التصرف غير الناجز والتصرف المقصود به حرمان بعض الورثة أو الإقلال من أنصبتهم لا يقع باطلا إلا أن يكون فى مرض الموت أو مقصودا به الوصية وهما الأمران اللذان لم يدعهما المطعون ضدهم .

وحيث أن هذا النعى غير صحيح ، ذلك أن محكمة الاستئناف قالت فى حكمها المؤرخ ٢٢ فبراير سنة ١٩٦٤ والذى قضى بإحالة الدعوى إلى التحقيق ما نصه « وحيث أنه عن طلب المستأنفين الحكم بإبطال عقد البيع الصادر من مورثهم إلى المستأنف عليه الأول ومورث باقى المستأنف عليهم وذلك لصورية السبب الذى قام عليه لأنه إنما قصد به حرمانهم من الإرث فإنما يرمون إلى اعتبار العقد ساترا لوصية بمقولة أنه تم بغير عوض وقد احتفظ المورث فى العقد بحق الانتفاع بالأرض المبيعة مدى حياته . ولما كان هذا الذى فسرت به محكمة الاستئناف مقصود المطعون ضدهم من طعنهم على العقد هو تفسير سائغ يؤدى إليه مدلول العبارات الواردة فى مذكراتهم أمام محكمة أول درجة وفى صحيفة استئنافهم وقد أبدى المطعون ضدهم طعنهم فى صيغة صريحة بجلسة ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٦١ حيث ورد على لسان وكيلهم بمحضر الجلسة أن عدم قدرة المشترين على دفع الثمن الوارد فى العقد واحتفاظ المورث لنفسه فى عقد البيع بريع المبيع قرينة على أن هذا العقد يعتبر وصية ثم اختتم أقواله بأنه يطرح على المحكمة الطعن بالصورية المطلقة بقصد التحايل على قواعد الإرث والطعن بأن التصرف فى حقيته وصية ، وكانت المحكمة قد انتهت بحق إلى أن حقيقة الطعن فى العقد هو أنه يخفى وصية فإنها إذ أجازت للمطعون ضدهم أن يثبتوا بكافة طرق الإثبات المقررة قانونا بما فيها البينة أن عقد البيع المطعون عليه لم يكن بيعا منجزا وإنما قصد به حرمانهم من الميراث ، لا تكون قد خالفت القانون لأن الوارث متى طعن على العقد بأنه يستر وصية كان له إثبات طعنه بكافة طرق الإثبات لأن الوارث لا يستمد حقه فى الطعن فى هذه الحالة من المورث وإنما من القانون مباشرة على أساس أن التصرف قد صدر إضرارا بحقه فى الإرث فيكون تحايلا على القانون ، ومن ثم فإن النعى بهذا السبب يكون على غير أساس .

وحيث أن حاصل السبب الثالث أن الحكم المطعون فيه خلط بين البطلان المطلق والبطلان النسبى فتارة يصم التصرف بأنه باطل بطلانا متعلقا بالنظام العام لأنه قصد به التحايل على نظام الإرث وتارة يقطع بأنه التصرف فى حقيقته وصية لوارث لا تصح إلا بإجازة باقى الورثة ، ولما كان البطلان النسبى تصححه الإجازة بينما البطلان المطلق لا يزول بها وكان لا يعرف من أسباب الحكم على أيهما أقيم قضاؤه فإنه يكون معيبا بما يستوجب نقضه . ويتحصل السبب الرابع فى أن الحكم المطعون فيه أخطأ فى القانون فيما ذهب إليه من أن بطلان التصرف الصادر من المورث لولديه هو بطلان مطلق لأنه قصد به التحايل على نظام الإرث ، ذلك أن للمالك الكامل الأهلية حرية التصرف فى ملكه ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان ورثته أو إلى تعديل أنصبتهم ، وتصرفات المالك لا تقيد إلا ابتداء من مرض الموت ، ثم إن أحكام الإرث لا تنطبق إلا على ما يخلفه المتوفى من الأموال حين وفاته أما مايكون قد خرج من ملكه حال حياته فلا حق للورثة فيه ولا سبيل لهم إليه ولو كان المورث قد قصد حرمانهم منه أو إنقاص أنصبتهم .

وحيث أن النعى بالسبب الثالث غير صحيح ، ذلك أن الحكم المطعون فيه قد استقر فى جميع أسبابه على أن التصرف الذى صدر من المورث فى صورة عقد البيع والذى قصد به المورث الاحتيال على أحكام الإرث المقررة شرعا هو تصرف باطل بطلانا مطلقا ، ولم يرد فى أسباب الحكم أن هذا التصرف باطل بطلانا نسبيا وإذا كان الحكم قد قرر – بعد أن انتهى إلى أن التصرف يستر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وأنه لذلك يكون وصية – أن الوصية لوارث لا تصح إلا بإجازة الورثة الآخرين فإن هذا القول لا يعنى أنه اعتبر بطلان التصرف بوصفه بيعا بطلانا نسبيا لأن هذه الإجازة لا ترد على عقد البيع الباطل وإنما على الوصية . والنعى بالسبب الرابع مردود بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن التصرف الصادر من المورث لم يكن فى حقيقته منجزا بل مضافا إلى ما بعد الموت فإن العين المتصرف فيها لا تكون قد خرجت من مال المورث أثناء حياته بل بقيت فيه لحين وفاته ولهذا يكون للورثة أن يطعنوا على هذا التصرف بأنه يمس حقوقهم فى التركة ، أما ما يقوله الطاعن

من أن للمالك الكامل الأهلية حرية التصرف فى ملكه ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان ورثته أو التقليل من أنصبتهم فإن مناطه أن يكون هذا التصرف منجزا لا مضافا إلى ما بعد الموت .

وحيث أن حاصل السبب الخامس أن الحكم المطعون فيه أخطأ فى تطبيق القانون ، ذلك أنه مع تقريره بأن التصرف فى حقيقته وصية لبعض الورثة فإنه قضى بعدم نفاذها كلية على أساس أن الورثة الآخرين لم يجيزوها ، مع أن الوصية تصرف غير لازم يجوز للمتصرف الرجوع فيه ولا تنفذ إلا بعد وفاته مما مقتضاه أن تخضع الوصية للقانون السارى وقت وفاة المتصرف ، ولما كان المورث قد توفى فى سنة ١٩٤٨ بعد العمل بقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ فإن أحكام هذا القانون تكون هى الواجبة التطبيق ، ومن هذه الأحكام أن الوصية لوارث تنفذ فى ثلث مال الموصى دون حاجة إلى إجازة باقى الورثة ، وإذ لم يقض الحكم المطعون فيه بإجازة التصرف الصادر للطاعن الأول ولمورث باقى الطاعنين فى حدود هذا الثلث فإنه يكون مخطئا فى القانون .

وحيث أن هذا النعى صحيح ، ذلك أن قضاء هذه المحكمة جرى بأن الوصية تخضع للقانون السارى وقت وفاة الموصى لا وقت صدور الوصية منه فيسرى القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على كل وصية صدرت من موصى توفى بعد العمل بأحكام هذا القانون ولو كان تاريخ صدورها سابقا عليه ، ولما كان الثابت من تقريرات الحكم المطعون فيه وبإقرار الخصوم أمام محكمة الموضوع أن المورث الموصى توفى فى سنة ١٩٤٨ بعد العمل بالقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى اعتبار التصرف الحاصل بالعقد المؤرخ ١١ نوفمبر سنة ١٩٤٥ والمسجل فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٥ وصية ، فإن هذه الوصية تصح وتنفذ فى ثلث التركة من غير إجازة الورثة وذلك بالتطبيق لنص المادة ٣٧ من قانون الوصية سالف الذكر ، وإذ قضى الحكم المطعون فيه بعدم نفاذها كلية مستلزما لنفاذها فى حدود الثلث إجازة الورثة الآخرين وذلك لما ذهب إليه خطأ من عدم انطباق القانون ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، فإنه يكون مخطئا فى تطبيق القانون بما يستوجب نقضه فى هذا الخصوص ، ولما كان الفصل فى الدعوى على الأساس المتقدم يستلزم الإحاطة بجميع أموال التركة من

عقار ومنقول وكان الحكم المطعون فيه وأوراق الدعوى الأخرى خلوا من هذا البيان فإنه يتعين بعد نقض الحكم المطعون فيه لهذا السبب - إحالة القضية إلى محكمة الاستئناف .

(نقض جلسة ٢٠/٣/١٩٦٩ السنة ٢٠ ص ٤٥٠) .

١٠ - وحيث أن هذا النعى فى غير محله ، ذلك أن المطعون عليهم الثمانية الأولين بحكم كونهم شفعاء يعتبرون من طبقة الغير بالنسبة لعقد البيع المبرم بين الطاعنين وبين المطعون عليهما التاسع والعاشر ، فيجوز لهم إثبات صورية ذلك العقد بجميع الطرق ومن بينها البينة والقرائن ، أخذا بأن الصورية بالنسبة للغير تعتبر واقعة مادية لا تصرفا قانونيا ، وذلك سواء وصف ذلك العقد بأنه بيع أو هبة مستترة فى صورة عقد بيع .

لما كان ذلك وكان الثابت من الاطلاع على محضر جلسة ١٨ يناير ١٩٦٠ أنه عند تنفيذ حكم إحالة الدعوى إلى التحقيق ، قرر المطعون عليهم الثمانية الأولون أنه ليس لديهم شهود وأنهم يكتفون بما ورد بشكوى إدارية قدموا صورتها الرسمية فإن ذلك لا يمكن أن يعد منهم عجزا عن الإثبات وإنما لجوءا إلى الاستعانة بالقرائن وهى وسيلة خولها لهم القانون .

ولما كان الحكم المطعون فيه قد دلل على صورية عقد الطاعنين صورية مطلقة بما استخلصه من أقوال المطعون عليه العاشر بتاريخ ١١ من يوليو ١٩٥٩ فى الشكوى رقم ٤٠٣ لسنة ١٩٥٩ ، إدارى مركز دمياط المشار إليها . من أنه لم يصدر منه حتى ذلك التاريخ أى بيع لأحد فى العقار المشفوع فيه ، وبما رتبه الحكم على ذلك من أن التاريخ المعطى لعقد المتدخلين فى ١٥ من نوفمبر ١٩٥٧ غير صحيح وبما قرره من أن تراخى الطاعنين فى إقامة دعوى صحة ونفاذ عقدهم حتى ١٦ من سبتمبر ١٩٥٩ ، وفى تاريخ لاحق للإنذار الذى وجهه الشفعاء إلى البائعين والمشترين الأصليين فى ٤ من أغسطس ١٩٥٩ ، يعد قرينة على تواطئهم مع المطعون عليهم من الحادى عشر إلى الأخير على اصطناع ذلك العقد لحرمان الشفعاء من حقهم فى الشفعة ، وإذ أكد الحكم المطعون فيه صورية عقد الطاعنين بما حصله من أقوال شهودهم أنفسهم حين

قرروا أن المطعون عليهما التاسع والعاشر - المشتريين الأصليين - لا يزالان يضعان اليد على العين المشفوع فيها وأنهما شيدا مخازن فوقها منذ شهرين سابقين ، كما أنه ترددت على ألسنة هؤلاء الشهود عبارة التنازل مما يدل على أن سداد الثمن لم يكن ملحوظا عند انعقاد الصفقة وكان من شأن هذه القرائن التى أوردها الحكم المطعون فيه أن تؤدى إلى ما رتبه عليها من صورية عقد الطاعنين صورية مطلقة وتكفى لحمل قضائه ، وكانت المحكمة لم تخرج بأقوال الشهود عما يؤدى إليه مدلولها ، فإن ما يثيره الطاعنون بهذا السبب لا يعدو أن يكون مجادلة موضوعية فى تقدير المحكمة للأدلة بغية الوصول إلى نتيجة أخرى غير التى أخذت بها ويكون النعى على الحكم المطعون فيه بالفساد فى الاستدلال والقصور فى التسبيب فى هذا الخصوص على غير أساس (نقض جلسة ١٤ / ٤ / ١٩٧٠ السنة ٢١ ص ٦٢٤)

١١ - وحيث ان هذا النعى برمته مردود ، ذلك ان الحكم المطعون فيه قد اورد فى اسبابه قوله « ان شاهدى المطعون عليه الثانى قد شهدا فى صراحة ان عقد المستأنفة (الطاعنة) صورى لم يدفع فيه ثمن وقد حرر بين الاخ واخته كيدا للستأنف عليه الثانى (المطعون عليه الثانى) بقصد حرمانه من الاطيان التى اشتراها ووضع اليد عليها ، وفى هذه الأقوال الصريحة ما يكفى لاطمئنان المحكمة وتكوين عقيدتها من صورية عقد المستانفة (الطاعنة) فاذا اضيف الى هذه الاقوال القرينة المستفادة من تراخيها فى رفع دعواها اكثر من عامين رغم علمها بوضع يد المستأنف عليه الثانى (المطعون عليه الثانى) على الاطيان المبيعة وكذلك تقديمها عقد صلح فى الدعوى (وسحبه) منها ، فاذا اضيف كل ذلك لكانت النتيجة التى خلصت اليها محكمة اول درجة نتيجة سليمة وسائغة ولها ما يساندها من اقوال الشهود والقرائن ، كما ان شاهدى الاثبات قد شهدا بأن الاطيان المبيعة الى المستأنف عليه الثانى هى بذاتها التى بيعت صوريا للمستأنفة كما شهدا بموقعها ، واضاف الشاهد الثانى انه جاء لهذه الاطيان وان المستانف عليه الثانى يضع اليد عليها ، واما ذهبت اليه المستأنفة من صدور حكم لمصلحتها من محكمة القضاء الادارى بشأن اسبقية تسجيل عريضة دعواها فضلا

عن ان المستأنف عليه الثانى قد انكره فانها قد قعدت عن تقديم الدليل على ذلك بالاضافة الى انه بفرض صحة ما ذهبت اليه فان ذلك لا يمنع من القضاء بصورية عقدها وان كان مسجلا » . ولما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان تقدير اقوال الشهود فى الدعوى وإستنباط القرائن القضائية فيها من المسائل الموضوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع ويعتمد عليها فى تكوين عقيدته ولا رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض متى كان ما استخلصه منها من شأنه ان يؤدى الى النتيجة التى إنتهى اليها ، وكان الحكم المطعون فيه وعلى ما سلف البيان قد استند فى استظهار الصورية المدعى بها وتفنيد ما اثارته الطاعنة من مطاعن فى هذا الشأن الى اعتبارات سائغة اعتمد فيها على ما استخلصه من اقوال الشهود الذين سمعتهم محكمة اول درجة بما لا يخرج عن اقوالهم التى أوردها الحكم ومن القرائن القضائية التى ساقها والتى من شأنها ان تؤدى الى النتيجة التى انتهى اليها ، فان المجادلة فى ذلك لا تخرج عن كونها مجادلة فى تقدير الدليل وهو مالا رقابة لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فيه . لما كان ذلك ، وكان لا مجال لا عمال الاسبقية فى التسجيل اذا كان احد العقدين صوريا صورية مطلقة ، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى باسباب سائغة وعلى ما سلف القول الى ان عقد الطاعنة صورى صورية مطلقة فانه لا يكون ثمة محل للمفاضلة بينة وبين عقد المطعون عليه الثانى استنادا الى اسبقية تسجيل صحيفة دعواها . لما كان ما تقدم فان الحكم المطعون فيه اذا اخذ بهذا النظر لا يكون قد خالف القانون ، ومن ثم فان النعى عليه بهذا السبب بجميع ما تضمنة يكون غير سديد .

(نقض جلسة ٦ / ٢ / ١٩٧٣ - السنة ٢٤ ص ١٤٤) .

١٢ - وحيث ان هذا النعى مردود ، ذلك ان الحكم المطعون فيه قد اقام قضاءه بصورية عقد الطاعن على قوله « ومن حيث انه عن العقد الصادر من المستأنف ضده الاول الى المستأنف ضده الثانى والمؤرخ ١٦ / ١١ / ١٩٦٣ فإن أقوال شهود المستأنفين وظروف الدعوى وملابساتها وقرائن الاحوال فيها قاطعة الدلالة فى انه عقد صورى صورية مطلقة وليس له وجود حقيقى ، فقد شهد عمدة الناحية وشيخها

انه حرر بعد اربعين يوما من تاريخ سابق على عقد المستأنفين بيوم واحد بقصد اخفاء الحقائق الثابتة التى اوضحتها ظروف الحال وهى ان المستأنف ضده الثانى اراد ان يقتضى من المشترين المستأنفين اكثر من الثمن المقبوض فلما رفضوا ثارت ثائرته وحرر عقد المستأنف ضده الثانى ، وهو ابن اخت زوجته ، التى تعمدت أن تشهد على العقد وان تمثل امام المحكمة لتؤدى شهادة مغرضة تدعيما للعقد الذى حرره زوجها الى ابن اختها ، وليس أدل على ذلك من انها حين سئلت عن وضع اليد على الاطيان المبيعة قررت ان ابن اختها هو الواضع اليد ثم مالبثت ان اقرت بوضع يد المستأنفين وان الارض نزعت بعد ذلك من تحت يدهم ، وقد اجمع الشهود على ان البيع الحاصل للمستأنف ضده تم بعد نزاع ثار بين البائع والمستأنفين اشترك فيه عبد الجواد عامر شقيق المستأنف ضده الثانى وعلم به الخاص والعام فليس بمعقول ان هذا الاخير يدفع المبلغ الكبير المسمى فى عقده ودون ان يستلم العين المبيعة اللهم الا اذا كان مسخرا من خاله زوجة البائع ، وهو ما تراه هذه المحكمة مطمئنة الى ان عقده ليس له وجود ظاهر ولم يدفع له ثمن اخذا بقرائن الاحوال فى الدعوى من ان العقد حرر كيدا للمستأنفين ولصالح من تربطه وشائج القربى بالبائع وزوجته وصدر لصالح شخص لم يكن فى حالة يسر تمكنه من اداء هذا الثمن ، ولم يتسلم المبيع عقب التعاقد ، ولا يغير من هذا النظر ما قرره شهوده الذين لا تطمئن المحكمة الى اقوالهم جملة وتفصيلا ، ذلك ان كاتب العقد اجير سخر للكتابة والثانية زوجة البائع التى وقعت كشاهدة على خلاف ما جرى عليه سلوك اهل الريف ، والاخر وهو قطب محمد عبد الله فليس له توقيع على العقد وقد قرر فى شأن ذلك انه حضر مجلس العقد ولم يوقع لعدم وجود ختمه معه رغم ان ذلك لم يكن ليمنعه من التوقيع بالبصمة » . ثم ذكر الحكم « انه بعد ان تم التصرف الصورى اسرع المتعاقدان الى رفع الدعوى وليس ثمة نزاع بينهما وتحددت جلسة سابقة على الجلسة المحددة لدعوى المستأنفين بيومين مع انها قدمت واعلنت فى تاريخ لاحق عليها ولما علم المستأنفون بها تدخلوا خصما ثالثا فى الدعوى فلجأ البائع الى الطعن بالتزوير فى التصرف الصادر الى المستأنفين بينما وقف الى جانب

المستأنف ضده الثانى يشد ازره » ويبين من هذا الذى ذكره الحكم ان القرائن التى ساقها ليست قاصرة على تلك التى اسند الطاعن الفساد اليها ، وانما اعتمد معها على قرائن اخرى سكت الطعن عن تعييبها .

وإذ كان ذلك وكانت تلك القرائن يكمل بعضها بعضا وتصلح فى مجموعها لا ثبات الصورية وكان ما عابه الطاعن على بعضها فى غير محله لان تهديد البائع للمتدخلين بالتصرف مرة اخرى فى العقار إذاهم لم يدفعوا له اكثر من الثمن المسمى فى العقد له دلالته السائغة فيما استخلصه الحكم من صورية عقد الطاعن ، ولاينال من ذلك ما قرره شهود المتدخلين من انهم لم يعرفوا مضمون ذلك العقد ذلك ان عدم علمهم لا ينال من دلالة التهديد باعادة البيع ، ولان الشهود قد اجمعوا على ان الارض المبيعة كانت فى حيازة المتدخلين الى ان حدث شجار حول وضع اليد انتهى برفع يدهم عنها ، ولان درجة قرابة البائع للمتدخلين وقد ثبت الخلاف بينه وبينهم لا تحول دون التصرف الصورى لقريب آخر ، ولأن الطاعن لم يقدم ما يدل على يساره ، وإذ كان ذلك وكان ما أسنده الحكم للشهود مطابقا لأقوالهم فى التحقيق الذى أجرته محكمة أول درجة على ما - هو ثابت من الصورة الرسمية لذلك التحقيق - والمقدمة من الطاعن - وكان ما استخلصه الحكم من هذه الأقوال سائغا ومؤديا إلى ما انتهى إليه ، فإن النعى فى جملته يكون على غير أساس .

(نقض جلسة ٢١ مايو ١٩٧٠ السنة ٢١ ص ٨٨٦) .

١٢ - وحيث أن هذا النعى غير صحيح ذلك أن الوارث لا يعتبر فى حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه وإن كان فى ظاهره بيعا منجزا إلا أنه فى حقيقته يخفى وصية إضرارا بحقه فى الميراث أو أنه صدر فى مرض موت المورث فيعتبر إذ ذاك فى حكم الوصية لأنه فى هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التى قصد بها الاحتيال على قواعد الإرث التى تعتبر من النظام العام ، أما إذا كان مبنى الطعن فى العقد أنه صورى صورية مطلقة وأن علة تلك الصورية ليست هى

الاحتيال على قواعد الإرث فإن حق الوارث فى الطعن فى التصرف فى هذه الحالة إنما يستمد من مورثه لا من القانون ، ومن ثم لا يجوز له إثبات طعنه إلا بما كان لمورثه من طرق الإثبات ، لما كانت الطاعنة قد طعنت بالصورية المطلقة على عقد البيع الرسمى المسجل فى ٢٧ / ٢ / ١٩٦٦ الصادر من المرحوم ... إلى المطعون عليها ببيعه لها أطيانا زراعية مساحتها ٣ فدان ، ٢ قيراط ، ١٤ سهما ودلل على تلك الصورية بقيام علاقة الزوجية بين البائع والمشترى ومن أنها كانت عالمة بحصول التصرف الصادر إلى مورث الطاعنة منذ صدوره فى ١٠ / ٦ / ١٩٦٠ ولم تشر الطاعنة إلى أن هذا التصرف فيه مساس بحقها فى الميراث ودفعت المطعون عليها بعدم جواز إثبات الصورية المطلقة إلا بالكتابة ، وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون يكون غير سديد .

(نقض جلسة ٢٢ / ٦ / ١٩٧٦ - السنة ٢٧ ص ١٣٩١) .

١٤ ـ وحيث أن هذا النعى غير صحيح ، ذلك أنه لما كان يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة انتهت فى حدود سلطتها التقديرية إلى أن عقد مورث الطاعنين صورى صورية مطلقة وأن الأطيان التى وضع اليد عليها استنادا إلى هذا العقد لا زالت باقية على ملك المطعون عليها الثانية - البائعة صوريا - ورتب الحكم على ذلك انتفاء نية الملك لدى الطاعنين ومورثهم من قبل فإنه يكون قد التزم صحيح القانون ، إذ أن وضع اليد فى هذه الحالة لا يعدو أن أن يكون مظهرا من مظاهر ستر الصورية ولا يؤدى إلى كسب الملكية مهما طالت مدته ، ومن ثم فإن النعى على الحكم بهذا السبب فى غير محله .

وحيث أنه لما تقدم يتعين رفض الطعن .

(نقض جلسة ٢٣ / ٣ / ١٩٧٦ لسنة ٢٧ ص ٧٢٨) .

١٥ - وحيث أن النعى غير صحيح ، ذلك أن القانون لا يوجب فى دعوى الصورية اختصام أشخاص معينين ومن ثم فلا تأثير لعدم اختصام المؤجر فى دعوى صورية عقد الإيجار على قبول الدعوى ، وإنما الأثر المترتب على ذلك ينحصر فى أن الحكم الصادر فيه لا يكون حجة عليه ويكون النعى على غير أساس .

وحيث أن حاصل النعى بالوجه الثانى من السبب الثالث الفساد فى الاستدلال ، وفى بيان ذلك يقول الطاعن أن الحكم المطعون فيه انتهى إلى اعتبار عقد الإيجار موضوع الدعوى عقدا صوريا استنادا إلى قرائن أوردها مع أن بعض هذه القرائن لا يؤدى إلى النتيجة التى خلص إليها وبعضها يتضمن مخالفة للقانون ، وإذ فسد الحكم فى استنباط أدلة معينة سرى الفساد إلى باقى الأدلة .

وحيث أن النعى غير سديد ، ذلك أن الحكم المطعون فيه قد استند فيما انتهى إليه من صورية عقد الإيجار إلى عديد من القرائن وإلى ما شهد به شاهد المطعون عليه من أن والد الطاعن يعمل خفيرا للحديقة وأن وكيل الدائنين هو الذى يضع اليد عليها ويتولى بيع ثمارها ولم يضع الطاعن اليد عليها ، وإذ كانت هذه الشهادة تعتبر دعامة تكفى لحمل الحكم ولم تكن محل تعييب من الطاعن ، فإن النعى على الحكم لاستناده إلى ما ساقه من قرائن أيا كان وجه الرأى فيه يكون نعيا غير منتج ولا جدوى منه .

وحيث ان الطاعن ينعى بالسبب الزابع على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون ، وفى بيان ذلك يقول ان المطعون عليه قرر فى صحيفة دعواه ان العقد الذى يتمسك به الطاعن غير نافذ فى حقه لثبوت تاريخه بعد تنبيه نزع الملكية وجعل ذلك سنده الاول والاساسى فى طلب الضرر ، ثم عاد بعد ذلك وادعى صورية عقد الطاعن صورية مطلقة ، مع ان التمسك بالصورية المطلقة يجب ان يسبق غيره من اوجه الدفاع ، لانه إذا قيل بقيام العقد ثم الادعاء بعدم نفاذه ، فان ذلك ينطوى على تسليم بعدم صوريته ، وهو ما يعيب الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون .

وحيث ان النعى مردود ذلك ان العلة فى وجوب ان يطعن الدائن بالدعوى الصورية اولا حتى اذا اخفق منها كان له ان ينعى بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين ان الطعن فى الاخيرة ابتداء يتضمن الاقرار بمعرفة التصرف بما لا يتفق مع الدفع بالصورية بعد ذلك بحيث يجوز للدائن أن يطعن فى تصرف مدينة بالصورية وبدعوى عدم نفاذ التصرف معا على سبيل الخيرة فيحاول اثبات الصورية اولا ثم ينتقل

ان هو اخفق فيها الى عدم النفاذ . لما كان ذلك وكان الثابت من الاطلاع على صحيفة الدعوى الابتدائية ان المطعون عليه استهلها بقوله .. « غير ان المعلن اليه - الطاعن - تعرض لماطلة - المطعون عليه - فى استلام الحديقة سالفة الذكر استلام فعليا مدعيا انه مستأجر لها من السنديك بموجب عقد ايجار ثابت التاريخ فى ١٨ / ١١ / ١٩٧٠ - ولما كان عقد الايجار سالف الذكر هو عقد صورى تحرر بين المعلن اليه والسنديك اضرارا بالطالب ولم يثبت تاريخة الا بعد صدور الحكم بايقاع البيع على الطالب .. » ثم اورد المطعون عليه بعد ذلك قوله ان اساس طلب الطرد ان عقد الايجار غير ثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه ومن ثم لا ينفذ فى حقه بالاضافة الى انه عقد صورى . فان مسلك المطعون عليه لا ينم عن انه قد اقر بجدية التصرف المقرون بالدفع بعدم نفاذه فى حقه وانه إذ اخفق فى هذا الدفع عمد الى الطعن بالصورية بل الثابت انه تمسك منذ البداية بعرض اسانيد الصورية وادلته عليها ويكون النعى على غير اساس .

ولما تقدم يتعين رفض الطعن .

(نقضى جلسة ٤ / ٥ / ١٩٧٧ - السنة ٢٨ ص . ١١٣) .

١٦ - وحيث ان هذا النعى فى وجهية مردود ، ذلك انه لما كان الحكم المطعون فيه قد استند فى التدليل على صورية عقد البيع الصادر من المطعون عليها الثانية الى مورث الطاعنين الى ما قرره من « انه بمطالعة التحقيق الذى اجرته محكمة اول درجة نفاذا لحكمها الصادر فى ٢٦ / ٤ / ١٩٦٦ ان شهود المستأنفين - والمستأنف عليه الاخير - المطعون عليه الثالث - وان شهدوا بوضع يد .. مورث المستأنفين إلا أنهم قرروا أنهم لا يعرفون مقدار المبلغ الذى دفعه هذا المورث للبائعة المستأنف عليها الثانية - المطعون عليها الثانية - كما أنهم لم يروه يدفع لها ثمنا كما أيدوا شاهدى المستأنف عليه الأول - المطعون عليه الأول - من أن عائلة .. ومنها المستأنف عليها الثانية وهى عمة ... كقول أحد الشهود وأخته فى قول لشاهد آخر ، هذه العائلة لها أطيان تزيد على القدر المبيع وكلها شائعة لم تحصل قسمتها ومن ثم فإن كلا يضع يده على المشاع كما قرر شاهدا

المستأنف عليه الأول وهما .... و .... أن .... شقيق .... التى باعت الأرض للمستأنف عليه الأول هو الذى يضع يده على أرض النزاع وأن .... المستأنفين عرضا على المستأنف عليه الأول أن يأخذ نصف الأرض التى اشتراها من ... ويكف عن المطالبة بباقى الأرض التى اشتراها من ... طالما لم يدفع باقى الثمن لـ ..... ولكن المستأنف عليه الأول رفض هذا العرض من جانب .... و .... وبما أن المحكمة ترجح أقوال شهود المستأنف عليه الأول على أقوال شهود المستأنفين من أن بيعا لم يحصل من .. إلى ... وأن عقده صورى صورية مطلقة لم يقصد فيه إلى نقل الملكية ولا إلى دفع الثمن وإنما قصد به أكل أموال المستأنف عليه الأول حسبما جاء على لسان شاهده ..

وبما أنه مما يؤيد هذه الصورية المطلقة صلة القربى بين .. ووجود الأطيان كلها فى روكية واحدة وإصرار .. على مناوأة المستأنف عليه الأول والكيد له وإطالة أمد التقاضى وإمطاره وابلا من الطعون والدفوع مع أنها إذا صح أنها باعت لـ ... وقبضت منه الثمن لاكتفت بالعقود عن مناوأة المستأنف عليه الأول ومراقبته عن كثب وهو يتناطح مع .... وورثته من بعده ولكن تصرفات ... مع المستأنف عليه الأول تدل على أنها لم تتجرد من ملكية أرض النزاع لـ .. إذ ما كاد المستأنف عليه الأول يرفع عليها دعوى صحة التعاقد إذ بها تحرر عقد البيع إلى .. وتسجله له بعد رفع دعوى المستأنف ضده الأول عليها ببضعة شهور وما كاد يتقدم بالعقد الصادر منها لـ ... بجلسة ٣٠ / ١ / ١٩٤٦ حتى طعنت فى نفس اليوم على عقد المستأنف عليه الأول بالتزوير وكان أن أوقفت الدعوى الأصلية حتى يفصل فى الطعن بالتزوير وظلت المستأنف عليها الثانية تطحن المستأنف عليه الأول .. ويعاونها المستأنفون اقاربها بين شقى رحى تدور مع الزمن منذ سنة ١٩٤٥ حتى الآن ، وبما أنه لا أدل على تلك الصورية المطلقة من تلك الشهادة المقدمة من المستأنف عليه الأول من أن تكليف أرض النزاع ظل على اسم .. حتى ١٧ / ١٢ / ١٩٤٥ أى بعد تسجيل عقدها المبرم بينها وبين مورث المستأنفين. وبما أنه عما جاء ... من أن مورث

المستأنفين قام برهن جزء من أرض النزاع للغير فإن هذا لا يدل على جدية عقده بل أنه واضح أن هذا الرهن كان لصالح ... – المستأنف عليها الثانية – وكلاهما مطمئن لوجود ورقة الضد التى لابد قد حرراها بينهما – حتى لا يطغى أحدهما على الآخر طالما أن الوضع الظاهر يحمى المستأنف عليه الأول ويحرمه من الأرض التى اشتراها ، ولما كان للمحكمة إذا أصدرت حكما لتحقيق واقعة وضع اليد فلا تثريب عليها إذا اعتمدت فى القول بالصورية على شهادة الشهود الذين سمعوا تنفيذا لهذا الحكم الذى أمر بتحقيق وضع اليد إذ أن لها بعد تنفيذ حكم التحقيق أن تستند فى قضائها فى الموضوع إلى جميع عناصر الإثبات الموجودة فى الدعوى ومنها شهادة أولئك الشهود ، وكان تقدير أدلة الصورية هو مما يستقل به قاضى الموضوع لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى ، وكان تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها هو مما تستقل به محكمة الموضوع لا رقابة لأحد عليها فى ذلك إلا أن تخرج بتلك الأقوال إلى غير ما يؤدى إليه مدلولها وهى غير مقيدة بالرأى الذى يبديه الشاهد تعليقا على ما رآه أو سمعه ، فلها أن تأخذ ببعض أقواله – مما ترتاح إليه وتثق به – دون بعضها الآخر ، بل إن لها أن تأخذ بمعنى الشهادة دون معنى آخر تحتمله أيضا متى كان المعنى الذى أخذت به لا يتجافى مع عبارتها ، ولما كان ما أوره الحكم فى شأن أقوال الشهود لا يخرج عما هو ثابت فى التحقيق كما أن ما استخلصه منها لا يتجافى مع عبارتها ومن شأنه وبالإضافة إلى القرائن التى ساقها أن يؤدى إلى ما انتهى إليه من صورية عقد البيع الصادر إلى مورث الطاعنين صورية مطلقة ويكفى لحمله ، لا يغير من ذلك أن هذا العقد أسبق فى التاريخ على عقد البيع الصادر إلى المطعون عليه الأول إذ ليس من شأن هذه الأسبقية أن تنفى الصورية عن العقد الأول وأنه غير موجود قانونا ، وكذلك بالنسبة لما أثاره الطاعنون فى الوجه الثانى من النعى ذلك أن الحكم وقد اعتمد على قرائن متساندة تؤدى فى مجموعها إلى ثبوت الصورية فإنه لا يجوز للطاعنين المجادلة فى النتيجة التى استخلصها الحكم بمناقشة كل قرينة على حده لإثبات عدم كفايتها فى ذاتها ،

لما كان ذلك فإن النعى على الحكم بهذا السبب يكون على غير أساس .
(نقض جلسة ٢٣ / ٣ / ١٩٧٦ سنة ٢٧ ص ٧٢٨) .

١٧ - وحيث أن هذا النعى مردود فى وجهه الأول ، بما سبق بيانه فى الرد على السببين السابقين من أن الحكم المطعون فيه قد خلص ولأسباب سائغة إلى صورية عقد الطاعن صورية مطلقة مما لا محل معه لبحث نفاذه فى مواجهة المطعون عليهما الأول والثانية ، وقد استخلص الحكم الابتدائى الذى أخذ الحكم المطعون فيه بأسبابه بأن ما تضمنه البند السادس من عقد البيع من التزام المطعون عليها الثالثة وباقى البائعين بدفع أجرة شهرية لهما عن عين النزاع إذا لم يقوموا بتسليمها عند التوقيع على عقد البيع النهائى يعتبر بمثابة عقد إيجار بما يتفق وعبارات العقد ويدخل فى سلطة محكمة الموضوع فى تفسير العقود وتحصيل المعنى الذى قصده أصحاب الشأن فيها مستهدية بوقائع الدعوى وظروفها ، وهو مردود فى وجهه الثانى ، بأن نطاق التدخل الانضمامى على ما يبين من المادة ١٢٦ من قانون المرافعات مقصور على أن يبدى المتدخل ما يراه من أوجه الدفاع لتأييد طلب الخصم الذى تدخل إلى جانبه دون أن يطلب القضاء لنفسه بحق ما ، فإن طلب المتدخل حقا ذاتيا يدعيه فى مواجهة طرفى الخصومة فإن تدخله على هذا النحو يكون تدخلا هجوميا يجرى عليه مايجرى على الدعوى من أحكام ، ولما كانت الدعوى قد رفعت ابتداء من المطعون عليهما الأولى والثانية ضد المطعون عليها الثالثة بطلب إخلائها من عين النزاع وفى أثناء نظر الدعوى أمام محكمة أول درجة تدخل الطاعن فى الخصومة طالبا رفض الدعوى استنادا إلى أنه يستأجر عين النزاع بعقد مؤرخ ١ / ٣ / ١٩٤٧ صادر له من المالك الأصلى ، فإن الطاعن يكون قد طلب الحكم لنفسه بحق ذاتى ، ويكون هذا التدخل تدخلا هجوميا ، لما كان ذلك ، وكانت الشروط التى وضعها القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ فى المادة ٢٣ / ١ منه لقبول دعوى الإخلاء للتأخر فى سداد الأجرة مقررة لحماية المستأجر ، فإنه لا يقبل من الطاعن التمسك ببطلان تكليف المطعون عليها الثالثة بالوفاء وبوجود منازعة جدية فى قانونية الأجرة الملزمة بها إذ لا مصلحة له فى ذلك لأنه أجنبى عن العقد ولا تربطه بالمطعون عليهما الأولى والثانية

ثمة علاقة إيجارية بعد أن انتهت المحكمة ولأسباب سائغة إلى صورية عقده ، وصاحبة المصلحة وهى المطعون عليها الثالثة المستأجرة لعين النزاع لم تطعن على الحكم .

وحيث أنه لما تقدم يتعين رفض الطعن .

(نقض جلسة ٢٦ / ٣ / ١٩٨٠ - لسنة ٣١ الجزء الأول ص ٩٠٤) .

١٨ - لما كان الحكم المطعون فيه قد اقتصر على القضاء برفض دعوى الطاعنة بطلب صحة العقد ونفاذه ، وكانت الدعوى بصحة ونفاذ العقد - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هى دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه ، وهى تستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية وهو ما يقتضى أن يفصل القاضى فى أمر صحة البيع ويتحقق من استيفائه الشروط اللازمة لانعقاده وصحته ، ومن ثم فإن تلك الدعوى تتسع لبحث كل ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد أو انعدامه وبصحته أو بطلانه ومنها أنه صورى صورية مطلقة ، إذ من شأن هذه الصورية لو صحت أن يعتبر العقد لا وجود له قانونا فتحول دون الحكم بصحته ونفاذه والنعى مردود أخيرا بأن الحكم المطعون فيه قد اقتصر على استدلاله بهذا الإقرار بين ما أورده من أدلة وقرائن أخرى على الرجوع فى العقد وليس فى ذلك مساس بحقوق القصر الذين يحتج عليهم بإقرار مورثهم . ولما تقدم يتعين رفض الدعوى .

(نقض ١٢ / ٤ / ١٩٧٣ سنة ٢٤ ص ٦١٨) .

١٩ - الطاعن يعتبر من الغير بالنسة للعقد المؤرخ ٥ / ١ / ١٩٦٩ فى حدود القدر الذى اشتراه بموجب العقد الذى صدر حكم بصحته ونفاذه وسجل فى ٦ / ٤ / ١٩٧٠ وله باعتباره خلفا خاصا للبائع أن يطعن بصورية العقد الأول صورية مطلقة بالنسبة للقدر المبيع له .

(نقض ٢٣ / ١٢ / ١٩٨٠ سنة ٣١ الجزء الثانى ص ٢١٠٣) .

المبحث الثانى

« الصورية النسبية »

للصوربة النسبية صور عديدة منها الصورية بطريق التسر أو المضادة أو التسخير . وتختلف الصورية المطلقة عن الصورية النسبية فى أنه فى الصورية الأخيرة توجد علاقة قانونية حقيقية بين المتعاقدين يقوم التصرف الصورى بإخفاء جانب منها .

وهذا الجانب يتناول إما طبيعة العلاقة ، وهذه هى الصورية بطريق التستر . وإما أن يتناول بعض شروطها وأركانها ، وهذه هى الصورية بطريق المضادة .

وأما شخصية أطرافها وهذه الصورية بطريق التسخير .

المطلب الأول

الصورية بطريق التستر

وهى التى تتناول نوع العقد أى تكييفه دون وجوده .

ويقصد بها إخفاء حقيقة التصرف المعقود بين الطرفين ، كالهبة فى صورة عقد بيع ظاهر ، بقصد التهرب من أحكام الرسمية ، أو البيع فى صورة هبة بقصد حرمان الشفيع من طلب الشفعة ، أو الوصية فى صورة بيع ، حتى لا يعلق نفاذها فيما زاد على ثلث التركة على إقرار الورثة ، أو الهبة فى صورة قرض بأن يذكر المدين فى سند الدين « أن القيمة دفعت نقدا » ويكون الواقع أنه لم يتسلم شيئا وإنما أراد التبرع بما تعهد به .

ويلاحظ أن المشرع اعترف بهذه الصورية (الهبة فى صورة قرض) وقرر لها بعض الأحكام مؤداها أنها تغنى عن الشكل الذى يلزم لإنعقاد الهبة .

فالأصل مثلا أن الهبة لا تقوم إلا إذا أفرغت فى الشكل الرسمى أو كان الموهوب منقولا وتم قبضه . ولكن القانون يستغنى عن هذا الشكل ويقرر انعقاد الهبة صحيحة بدونه إذا ما تمت تحت ستار عقد آخر (المادة ٤٨٨ / ١ مدنى) . وهذا ما يفسر شيوع ستر الهبة فى صورة عقد بيع ، حتى أنه يندر فى العمل أن تعقد الهبة ظاهرة سافرة .

والهبة المستترة هى هبة مباشرة ، ينقل فيها الواهب للموهوب له حقا عينيا ، أو حقا شخصيا ولكنها تظهر تحت ستار عقد آخر ، ومتى استوفى هذا العقد جميع شروط انعقاده فى الظاهر أعفيت الهبة من الشكلية سواء كانت عن عقار أو منقول ..

ويقع عبء الإثبات على من يدعى أن العقد الظاهر ليس إلا هبة مستترة ليجرى عليها أحكام الهبة الموضوعية . فيخضع الإثبات للقواعد

العامة فيما بين المتعاقدين أما بالنسبة للغير ، فإذا طعن فى الهبة المستترة ، فله إثبات أن العقد الظاهر ما هو إلا هبة مستترة ، وذلك بجميع طرق الإثبات ، وقاضى الموضوع هو الذى يبت فيما إذا كان التصرف هبة مستترة أم لا .

احكام النقض :

١ - « اذا كانت المادة ٤٨٨ مدنى تجيز حصول الهبة تحت ستار عقد آخر وكل ما يشترط لصحة الهبة المستترة ان يكون العقد الساتر للهبة مستوفياً الشروط المقررة له فى القانون ، واذا كان الحكم قد انتهى فى اسبابه ان تصرفات مورث الطاعن - التى اعتبرها هبات مستترة - قد صدرت منجزة ومستوفية الشكل القانونى بتلاقى الايجاب والقبول على بيع معين لقاء ثمن مقدر ، وكان ذكر الباعث الدافع للهبة فى العقد الساتر لها يتنافى مع سترها وكان الطاعن لم يقدم الدليل على ما ادعاه من عدم مشروعية السبب فى هذه التصرفات كان النعى على الحكم المطعون فيه بالخطأ فى تطبيق القانون وفى تأويله على غير اساس » .

(نقض ٦ / ٢ / ١٩٧٣ س ٢٤ ص ١٥١)

٢ - « وحيث ان هذا السبب مردود بان مايثيره الطاعن فى نعيه من ان تصرف المرحوم عثمان يوسف بالعقد المؤرخ اول ديسمبر سنة ١٩٤٣ الى المطعون عليهما الثانى والثالث والى اولاده القصر كان فى حقيقته وصية مستورة فى عقد بيع هو دفاع جديد لم يسبق عرضه على محكمة الموضوع فلا يقبل التحدى به لأول مرة امام محكمة النقض ولا يغير من ذلك ما يقوله من ان تكييف التصرف بحسب حقيقة وصفه القانونى هو من مسائل القانون مادام ان الوصف الذى يضفيه القانون على التصرف لا يستبين الا بتحقيق عناصره واركانه واستخلاص نية المتعاقدين فيه وهو مما يتصل بوقائع الدعوى التى يجب ان يطرحها الخصم على المحكمة ، فمتى كان الطاعن لم يتمسك امام محكمة الدرجة الأولى ولا امام محكمة الاستئناف بهذا الدفاع ولم يثبت ان البائع اليه تمسك به وكان الثابت بحكم محكمة الاستئناف الصادر فى ١٠ من مايو سنة ١٩٥١ باحالة الدعوى الى التحقيق « ان مثار النزاع بين الطرفين انحصر

أولاً فى علم المستأنف ضدهما الثالث (أى الطاعن) والرابع بالظروف التى أحاطت بعقد تمليك المستأنف ضدهما الاول والثانى الصادر لها من والدهما ... وعلمهما أيضا بما دون بمحضر الصلح المصدق عليه بتاريخ ٢٨ / ١١ / ١٩٤٥ ... ثانيا - قيام التواطؤ بين المستأنف ضدهم جميعا على تحرير العقدين اللذين يتمسك بهما المستأنف ضدهما الثالث والرابع وعدم جدية ذلك التعاقد ... » « وكان الحكم المطعون فيه قد أقيم على ما خلص إليه خلوصا سائغا من التحقيق الذى تم فى صورية عقد شراء الطاعن نفسه صورية مطلقة قوامها التواطؤ مع المطعون عليهما الثانى والثالث أضرارا بالمطعون عليها الأولى فإن الحكم لا يكون قد أخطأ فى شىء مما ينعاه الطاعن » .

(نقض جلسة ٩ / ٢ / ١٩٥٦ السنة ٧ - ص ٢٠٥)

٣ - ومن خيث أن هذا النعى مردود فى وجهيه الأول والثانى بما أقام الحكم المطعون فيه قضاءه عليه فى خصوصهما إذ جاء به : « وحيث أنه وكان من الميسور افتراض غش أو تواطؤ بين المحجور عليه وزوجته لما بينهما من علاقة مكينة فى تحرير عقد البيع المذكور لصالحها تهربا من آثار الحجر القانونية إلا أن الطعن المقدم من المستأنف - الطاعن - على العقد المذكور بالصورية غير مقبول على حاله لأن الأصل فى الصورية هى وجود عقدين إحدهما ظاهر والآخر مستتر والظاهر هنا هو عقد البيع الصادر إلى المستأنف عليها الأولى - المطعون عليها الأولى - والمستأنف فشل فى إثبات وجود عقد مستتر - ومادام أساس هذا الشق من دعواه هو أولا أبطال ذلك العقد توصلا .. فى مواجهة الغير مما يحصر النزاع فى هذا الموضوع بين البائع الذى يمثله المستأنف - الطاعن - والمشترية وهى المستأنف عليها الأولى عن بطلان عقد بيع كتابى مسجل فلا يقبل من المستأنف إثبات العقد المستتر إلا بالكتابة ، ... ... أما إقرار المشترية أمام المجلس الحسبى بتواطؤها مع البائع لها فهو قاصر عليها وإن ما فيه من تواطؤ فالأصح اعتباره واقعا بين المحجور عليه وزوجته للأضرار بالغير الذين اشتروا من الزوجة توصلا لاسترداد ما باعوه لهم وليس للمتعاقدين آن يستفيدوا مما دبراه من غش فى علاقتهما مع الغير ... وعلى ذلك يكون العقد الظاهر هو

الواجب العمل به وبالتالى تكون العقود الصادرة من المسأنف عليها الأولى إلى المستأنف عليهم - المطعون عليهم - الذين اشتروا منها صحيحة » « ثم تحدث الحكم بعد ذلك عن دعوى الطاعن قبل المطعون عليها الأولى فقال : « وحيث أنه فيما يختص بالدعوى الموجهة إلى المستأنف عليها الأولى فإنه يتعين قبولها إستناداً إلى إقرارها أمام المجلس الحسبى بصورية عقد البيع الصادر لها على ألا يقوم إلا فى مواجهتها شخصيا كما سبق شرحه إلا أنه لم يبق فى ملكيتها من الأطيان المبيعة شىء حتى يمكن رده .. » ويبين من ذلك إن الحكم المطعون فيه لم يخالف القانون فى شىء إذ فرق بين أحكام الصورية بين المتعاقدين وأحكامها بالنسبة للغير ممن تعاقد معهما بحسن نية ثم أنزل حكم القانون الصحيح على واقعة الدعوى - ولا على المحكمة إذا هى أخذت بإقرار زوجة المحجور عليه فقضت بصورية تعاقدها مع زوجها دون أن يتعدى أثر ذلك إلى غيرها من المتعاقدين معها ، ومردود فى وجهه الثالث بما استقر عليه قضاء هذه المحكمة من إن قرارات الحجر للسفه لا تسرى إلا من وقت صدورها ولا تنعطف على التصرفات السابقة إلا إذا كانت قد حصلت بطريق التواطؤ والغش (الطعن رقم ٢٣ سنة ١١ القضائية بتاريخ ٦ من نوفمبر سنة ١٩٤١) وقد تناول الحكم المطعون فيه الرد على دفاع الطاعن المستند إلى طلب إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات سوء نية المشترين حيث قال « والمستأنف - الطاعن - لم يقدم دليلا على ذلك وكل ما يتمسك به هو ادعاؤه علم المشترين بتقديم طلب حجر على البائع وهذا بفرض ثبوته ليس بسبب للبطلان » « ولا على المحكمة إذا هى لم تستجب إلى طلب الإحالة على التحقيق إذا ما استبان لها أن إجابة الطاعن إليه غير منتجة وإن لديها من الاعتبارات ما يكفى للفصل فى الدعوى حتى مع التسليم بصحة الوقائع المطلوب إثباتها » .

(نقض جلسة ٢٥ / ١٠ / ١٩٥٦ - السنة ٧ ص ٨٤٧)

٤ - وحيث أن هذا النعى غير سديد ، ذلك إن تصرف الأب بالبيع المنجز فى عقار يملكه إلى أبنه القاصر يعتبر تصرفا ونافذا سواء كان فى حقيقته بيعا أو هبة مستترة فى صورة عقد بيع ، وبتسجيله تنتقل ملكية العقار المبيع إلى القاصر ، ولا يترتب على ثبوت صورية الثمن سوى إعفاء

الأب من تقديم حساب عن هذا العقار ومن الحصول على إذن من محكمة الأحوال الشخصية عند تصرفه فيه بصفته وليا شرعيا على إبنه القاصر وذلك بالتطبيق لنص المادة ١٣ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فى شأن الولاية على المال فإن تصرف الأب بصفته وليا شرعيا على إبنه القاصر فى ذات العقار بعقود متعددة ولأشخاص مختلفين فإن المفاضلة بينهم تجرى على أساس أسبقية تسجيل عقودهم ، ولا محل لحكم المادة ٢٤٤ / ٢ من القانون المدنى بتفضيل المتمسك بالعقد الظاهر على التمسك بالعقد المستتر ذلك .أنه إذ نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ من القانون المدنى على أنه إذا أبرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص ، متى كانوا حسنى النية أن يتمسكوا بالعقد الصورى كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم ، فقد دلت على أن مجال تطبيق هذا النص يكون عند اختلاف شخص المتصرف فى كل من العقدين محل المفاضلة بحيث يكون إحدهما صاحب حق ظاهر والآخر صاحب الحق - المستتر ومن ثم فإنه إذا كان الشىء محل التصرف مملوكا لشخص واحد وتصرف فيه بعقود متعددة إلى أشخاص مختلفين فإن المفاضلة تجرى بينهم على أساس أسبقية تسجيل عقودهم فحسب ، وإذ إلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون ، ولا يعيبه ما استطرد إليه تزيدا من عدم توافر شروط تطبيق المادة ٢٤٤ / ٢ من القانون المدنى فى حق الطاعنين لسوء نيتهم ذلك أن الحكم يستقيم بدون هذا الاستطراد الزائد عن حاجة الدعوى ، كما لا يقبل من الطاعنين النعى على الحكم المطعون فيه بالقصور لعدم الرد على ما ورد بالمذكرتين المقدمتين منهم بجلستى ١٨ / ١١ / ١٩٧٦ ، ٢ / ٤ / ١٩٧٧ إذ لم يبينوا فى صحيفة طعنهم أوجه هذا الدفاع الجوهرى الذى تضمنته هاتان المذكرتان فجاء نعيهم مجهلا ويكون النعى بهذين السببين على غير أساس .

(نقض جلسة ١٩ / ٥ / ١٩٨٠ - السنة ٣١ - ص ١٤٣١) .

٥ - من المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن للشفيع باعتباره من الغير الآخذ بالعقد الظاهر حتى ولو كان فى حقيقته عقدا

صوريا بين عاقدين دون اعتداد قبله بالعقد الحقيقى المستتر إلا أن يكون سىء النية أى يعلم بصورية العقد الظاهر وحقيقته العقد المستتر ، وعلى من يدعى سوء نية الشفيع إثبات ذلك ، فإن عبُ الإثبات يقع فى هذه الحالة على عاتق المشفوع ضده بحيث إذا فلح فى ذلك اعتد قبل الشفيع بالعقد المستتر ، أما إذا أخفق ظلت الحجية للعقد الظاهر .

(نقض ١٥ / ١ / ١٩٨٥ – طعن رقم ١٤٥٠ لسنة ٥٠ قضائية) .

و نقض ٧ / ٦ / ١٩٨٢ – طعن رقم ١٧١٦ لسنة ٤٨ قضائية)

و نقض ٩ / ١٢ / ١٩٨٠ – طعن رقم ١٠٥٩ لسنة ٤٧ قضائية)

٦ – وحيث أن الثابت بالحكم المطعون فيه أن الطاعن إذ أقام الدعوى وطلب الحكم بصورية عقد البيع المحرر فى ١٩ من ابريل سنة ١٩٤٤ والمسجل فى ٢ من مايو سنة ١٩٤٤ الصادر منه لزوجته بنت المطعون عليه الأول أسس دعواه على أنه كان مدينا للبنك العقارى ، وأن المطعون عليه الأول قبل أن يوفى عنه دين البنك ، وضمانا لما عسى أن يدفعه وفاء لهذا الدين إتفق الطرفان على تحرير العقد المشار إليه فى صورة عقد بيع وهو فى حقيقته بمثابة رهن حرر لمناسبة معينة ولغرض خاص..

ولما كان الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض دعوى الطاعن اقام قضاءه على أن الطاعن قال فى صحيفة الدعوى وفى المذكرات المقدمة منه أنه أراد أن يستدين من المطعون عليه الأول والد زوجته ما يكفى لوفاء دين البنك العقارى وآن المطعون عليه الأول قبل وفاء هذا الدين واشترط مقابل ذلك أن يبيع الطاعن إلى زوجته المقدار المبين بعقد البيع مقابل ما سيدفعه منه مستقبلا ، وأن الطاعن يعتبر أن الصفقة فى حقيقتها بمثابة رهن ، وهذا القول من جانب الطاعن يحمل اعترافا صريحا بأن العقد صدر فعلا وهو ما يتنافى مع القول بصوريته ، وكان هذا الذى أقام عليه الحكم قضاءه برفض دعوى الطاعن إنما أسسه على انتفاء الصورية المطلقة بناء على ما ثبت للمحكمة من أن للعقد المطعون عليه كيانا حقيقيا ، ولذلك لم يتعرض الحكم لما تمسك به الطاعن فى دعواه من أن الوصف الحقيقى لهذا العقد هو أنه ليس بيعا كظاهر نصوصه وإنما هو

رهن مستتر للأطيان المبينة فيه تأمينا لما عساه أن يدفعه عن والد زوجته (المطعون عليه الأول) من دين عليه للبنك العقارى مما يفيد أن الطاعن إنما أسس دعواه على الصورية النسبية دون الصورية المطلقة . لما كان ذلك وكان خطأ المحكمة فى تكييف الدعوى على وجهها الصحيح قد أدى بها إلى عدم تطبيق القانون عليها تطبيقا صحيحا ، فضلا عن قصور أسباب حكمها فى الرد على ما تمسك به الطاعن من أن العقد هو فى حقيقته رهن مستتر فإنه من المتعين نقض الحكم دون حاجة إلى بحث باقى أسباب الطعن .

(نقض ١١ / ٣ / ١٩٥٤ المكتب الفنى السنة الخامسة ص ٥٩٢) .

٦ - التمسك من الطاعن بأن عقد الهبة يستر وصية هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر يخضع للقواعد العامة فى الإثبات التى تلقى على الطاعن وهو وارث الواهب عبء إثبات هذه الصورية فإن عجز وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد الذى يعد حجة عليه .

(نقض ٢٨ / ٥ / ١٩٨٠ سنة ٣١ الجزء الثانى ص ١٥٣١) .

المطلب الثانى

الصورية بطريق الاستعارة

ترد الصورية فى هذه الحالة على شخص أحد العاقدين ، ويقصد بها إخفاء شخصيته تحت شعار اسم شخص آخر يظهر فى العقد بدلا منه .

فيتم الاتفاق بين العاقد الحقيقى والغير الذى يظهر اسمه بدلا منه فى العقد دون أ ن يعلم ذلك الطرف الآخر فى العقد ، فهذه صورة الاسم المستعار وهى صورة من صور الوكالة حيث يعير الوكيل اسمه إلى الموكل فى التصرف الذى يبرمه لصالح الأخير فيكون التصرف جديا نافذا بين الوكيل والمتصرف معه ولكن آثاره تنصرف إلى الموكل فى خصوص علاقة هذا الأخير بالوكيل .

(الدكتور أحمد مرزوق – نظرية الصورية فى التشريع المصرى ص ١٠٠) .

المطلب الثالث

الصورية بطريق التسخير

تتناول الصورية بطريق التسخير شخصية أحد المتعاقدين ، ويقصد بها إخفاؤها تحت اسم شخص آخر فى العقد ويكون ذلك بعلم المتعاقد الآخر لكى يأمن مانع يمنع إبرام التصرف مع المتعاقد الحقيقى - (فهى) تكون باتفاق العاقدين لإخفاء شخصية إحدهما عن الغير بسبب ما قد يكون الغش نحو القانون .

فالقاضى والمحامى والمحضر لا يجوز له أن يشترى باسمه حقا متنازعا فيه يلجأ إلى شرائه باسم مستعار .

لذلك فقد توقع المشرع هذه الحالة فنص فى المادة ٤٧١ مدنى على أنه : -

« لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا المحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر فى النزاع يدخل فى اختصاص المحكمة التى يباشرون أعمالهم فى دائرتها وإلا كان البيع باطلا » .

فحينئذ يتفق أحد من هؤلاء الأشخاص مع المتصرف معه على تسخير طرف ثالث يتقدم للشراء باسمه ، وهو الذى يظهر اسمه فى العقد وذلك للتحايل على المنع الذى نص عليه القانون .

بذلك تختلف هذه الصورة عن الصورية بطريق الاستعارة فى أن العاقد الحقيقى فى الاستعارة تصرف باسم الغير الذى يظهر فى العقد دون أن يعلم الطرف الآخر ، أما فى التسخير فإن الشخص الثالث يكون معروفا للمتعاقد الآخر ، ويكون الاتفاق قد تم بعلمه .

ومن الأمثلة الأخرى للصورية بطريق التسخير ما نصت عليه المادة ٤٧٢ مدنى .

« لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، سواء أكان التعامل باسمائهم أم باسم مستعار ، وإلا كان الغقد باطلا » .

وما نصت عليه المادة ٤٧٩ مدنى .

(لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أمر من السلطة المختصة أن يشترى بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ، ولو بطريق المزاد العلنى ، ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة ، مالم يكن ذلك بإذن القضاء ، ومع عدم الاخلال بما يكون منصوصا عليه فى قوانين أخرى) .

وما نصت عليه المادة ٤٨٠ مدنى :

« لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء آن يشتروا الأموال المعهود إليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها ، سواء أكان الشراء باسمهم أم باسم مستعار » .

ويذهب العميد السنهورى إلى تقسيم الصورية -النسبية إلى ثلاثة أنواع هى : - الصورية بطريق التستر والصورية بطريق المضادة والصورية بطريق التسخير .

ويفرق بين التعاقد بطريق التسخير والصورية بطريق التسخير . فيقول إن التعاقد بطريق التسخير هو مايدعى المسخر فيه بالاسم المستعار - أما فى الصورية بطريق التسخير يتعاقد الشخص مع مسخر يتواطأ معه على تسخيره لمصلحة شخص ثالث يكون هو أيضا - عالما بهذا التسخير ، والمسخر هنا يبرم تصرفات ثلاثة كل منها تصرف جدى . فالأول عقد وكالة يكون المسخر فيه وكيلا عن آخر فى تصرف يعنيانه فى عقد الوكالة ، والثانى يعقده المسخر مع الغير يبرم فيه هذا التصرف المعين لحساب الموكل ولكن باسمه هو فينصرف له أثر التصرف . والثالث يعقده مع الموكل مرة أخرى ينقل له فيه أثر هذا التصرف الذى سبق أن عقده لحسابه مع الغير .

(الوسيط د. السنهورى - طبعة ١١٨٢ هامش ص ١٣٩٥) .

أحكام النقض :

١ - من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا أقام الحكم قضاءه على قرائن متساندة دون أن يبين أثر كل منها فى تكوين عقيدة المحكمة فإن فساد إحداها يودى بالدليل المستمد من تساندها وإذا كانت الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة الموضوع بدرجتيها بأن مورثها والمطعون ضدهم إشترى الأعيان موضوع الدعوى لنفسه مستخدما أولاده - المطعون ضدهم - أسماء مستعارة وبأن ذلك ينطوى فى ذات الوقت على إيصاء لهم بتلك الأعيان حين وفاته وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد إستدل على عدم صحة الصورية المدعى بها بقرائن متساندة من بينها التسجيل وتراخيص البناء وتكليف المبانى والاقتراض بضمانها قد تم جميعه بأسماء المطعون ضدهم . لما كان ذلك وكانت تلك الأمور لا تؤدى إلى ما إستخلصه منها الحكم من انتفاء الصورية إذ هى من مستلزمات إخفاء التصرف المراد ستره ، فإن استدلال الحكم بها يعيبه بالفساد فى الاستدلال بما ينهار الدليل المستمد منها ومن باقى القرائن التى أوردها . (نقض ١٩٨٥/٥/٣٠ طعن رقم ١٣٠ لسنة ٥٠ قضائية ، نقض ١٩٧٥/٤/٢٨ سنة ٢٦ ص ٨٣٥) .

٢ - عقد الوكالة بالتسخير يقتضى أن يعمل الوكيل باسمه الشخصى وإن كان يعمل لحساب الموكل بحيث يكون اسم الموكل مستترا ، ويترتب على قيامها فى علاقة الوكيل المسخر بالغير أن تضاف جميع الحقوق التى تنشأ من التعاقد مع الغير إلى الوكيل المسخر فيكون هو الدائن بها للغير كما تضاف إليه جميع الالتزامات فيكون هو المدين بها للغير ، أما فى علاقة الوكيل المسخر بالموكل فهى تقوم على الوكالة المستترة - تطبيقا لقواعد الصورية التى تستلزم إعمال العقد الحقيقى فى العلاقة بينهما ومن ثم فإن تسجيل البيع الصادر للوكيل المسخر ينقل الملكية مباشرة من الغير إلى الموكل وتثبت الوكالة بالتسخير فيما بينهما وفقا للقواعد العامة فى الإثبات .

(نقض ١٩٨٤/٢/٢٨ الطعنان رقما ٥٩٨ ، ٦٥٥ لسنة ٥٠ قضائية ، نقض ٦٤/١١/٢٦ سنة ١٥ ص ١٠٧٣ ، نقض ١٩٦١/١١/٢٣ سنة ١٢ ص ٧١٣) .

المطلب الرابع

« الصورية بطريق المضادة »

لا تتناول الصورية بطريق المضادة وجود العقد ولا تكييفه وإنما تتناول شرطا من شروط العقد أو ركنا من أركانه ، كأن يذكر تاريخا للعقد غير تاريخه الحقيقى أو يذكر فى عقد البيع ثمن أقل من الثمن الحقيقى هربا من دفع جزء من رسوم التسجيل ، أو يذكر ثمن أكبر من الثمن الحقيقى حتى يقعد الشفيع عن طلب الشفعة ، ويحتفظ المتعاقدان بسند مستتر ، هو ورقة الضد ، يذكر فيها الثمن على حقيقته أو التاريخ الصحيح .

ورقة الضد

ورقة الضد ، أو عقد الضد هو العقد المستتر وهو عقد يكتب سرا بين المتعاقدين ليمحو آثر عقد ظاهر آو يعدل فيه ، أو بعبارة أخرى ليمحو أثر العقد الظاهر كليا أو جزئيا .

ومثالها : إذا أراد مدين تهريب شىء له من دائنه ، فيبيعه بيعا صوريا لآخر ، ويأخذ عليه ورقة ضد تتضمن أن العقد صورى ، وإن الشىء لازال على ملكه . فورقة الضد هنا تمحو أثر العقد الظاهر محوا كليا ، أو كما إذا تعاقد شخص مع آخر على أن يبيعه عقارا بمبلغ ١٠٠٠ جنيه ، ولمنع الجار عن الأخذ بالشفعة يذكر فى العقد أن الثمن ١٥٠٠ جنيه وتكتب ورقة ضد بأن الثمن الحقيقى ١٠٠٠ جنيه فإن ورقة الضد هنا عدلت فى العقد الظاهر - وهو عقد البيع - تعديلا جزئيا بأن خفضت الثمن من ١٥٠٠ جنيه إلى ١٠٠٠ جنيه .

وقد يخفض الثمن الحقيقى لإنقاص رسوم التسجيل ، أو أن يبيع والد لولده ، أو قريب لقريبه بضعة أفدنة بيعا صوريا ليكون عنده نصاب العمدية أو المشيخة ، وقد يعمد بعض أصحاب الأملاك إلى رفع

إيجارات أملاكهم رفعا صوريا بفكرة تحسينها والحصول على أجرة من ساكن لاحق أو ثمن مرتفع عند بيعها .

وظاهر أن العقود الصورية قد تحوى غشا أو تغييرا للحقيقة يساعد على الغش وورقة الضد تكتب عادة فى نفس الوقت الذى يكتسب فيه العقد الظاهر ، ولكنه ليس هناك ما يمنع من كتابتها بعده بشرط أن يكون قد أتفق على كتابتها مع الاتفاق على عمل العقد الظاهر .

وقد قيل بانه إذا لم يكن هناك اتفاق مادي بين الورقتين وجب آن يكون هناك آتفاق ذهنى .

فقد قررت محكمة النقض بأن لمحكمة الموضوع بما لها من سلطة تفسير العقود وتقدير الوقائع ان تقرر آن العقد محل الدعوى وآن صدر فى يوم تال لعقد آخر بينه وبين العقد الآخر معاصرة ذهنية ، وأن العقد الآخر وأن وصف بانه تراد أو تفاسخ هو فى حقيقته حسبما آنعقدت عليه نية الطرفين ورقة ضد تفيد صورية العقد الأول . وليس من الضرورى آن يكون العقد الظاهر عقدا صوريا دائماً ، بل قد يكون عقدا جديا ، وورقة الضد التى تحرر بعده تكون إتفاقا بعد ذلك على العدول عنه أو التعديل فيه . فإن ورقة الضد تعتبر إتفاقا جديدا لا تتحقق به الصورية .

(د. اسماعيل غانم بند ٨٦) .

أحكام النقض :

١ - متى كان الحكم إذ قضى برفض دعوى بطلان البيع الصادر من الطاعن إلى المطعون عليه الاول أقام قضاءه على انتفاء الصورية المطلقة بناء على ما ثبت للمحكمة من أن للعقد المطعون فيه كيانا حقيقا ، ولم يتعرض لما تمسك به الطاعن من أن الوصف الحقيقى لهذا العقد هو أنه ليس بيعا كظاهر نصوصه وإنما هو رهن مستتر للأطيان المبينة فيه تامينا عما عساه أن يدفعه منه المطعون عليه الأول مما يفيد أن الطاعن إنما آسس دعواه على الصورية النسبية دون الصورية المطلقة ، فإن هذا الحكم يكون قد أخطأ فى تكييف الدعوى وشابه القصور .

(نقض ١١ / ٣ / ١٩٥٤ - مجموعة النقض فى ٢٥ سنة ص ٧٦٥ ق ٦٤) .

٢ - إذا كان يبين من الوقائع التى أثبتها الحكم المطعون فيه أن الطاعنين أقروا بصدور البيع فعلا من البائع وانحسر النزاع فى شخص المشترى دافع الثمن إذ تمسكوا بأنه هو فإن هذا النزاع القائم حول شخصية المشترى لا يستقيم معه القول بأن العقد منعدم لصوريته صورية مطلقة .

(نقض ٢٣ / ٣ / ١٩٦١ - سنة ١٢ ص ٢٦٠) .

٣ - صورية تاريخ العقد صورية نسبية تنصب على التاريخ وحدة فلا تتعداه إلى العقد ذاته فإذا كان الحكم قد أقام قضاءه بصحة ونفاذ العقد على أسبقية تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى على تاريخ تسجيل عقد الطاعن ولم يعول على تاريخ عقد المدعى فإن صورية تاريخ هذا العقد لا أثر لها فى الدعوى .

(نقض ٢٤ / ٣ / ١٩٦٦ سنة ١٧ العدد الثانى ص ٧٢٣)

٤ - الصورية النسبية التى تقوم على إخفاء الرهن وراء البيع تعد تحايلا على القانون يترتب عليه بطلان البيع طبقا للمادة ٤٦٥ من القانون المدنى ،-وهذه الصورية النسبية لا تنتفى بانتفاء الصورية المطلقة أو بتخلف شروط الدعوى البوليصية كلها أو بعضها لاختلافها عنهما أساسا وحكما . فمتى كان الحكم المطعون فيه قد قصر بحثه على ما تمسك به الخصم من أوجه دفاع تتعلق بصورية عقد البيع صورية مطلقة بالتواطؤ بين طرفى هذا العقد للأضرار بحقوقه وأغفل بحث دفاع الخصم بشأن إخفاء الرهن وراء البيع مع أنه دفاع جوهرى لو صح لتغير وجه الرأى فى الدعوى فإن الحكم يكون قاصرا فى التسبيب بما يبطله ويستوجب نقضه .

(نقض ٦ / ١٢ / ١٩٦٦ س ١٧ العدد الرابع ص ١٧٧٠) .

٥ - وحيث أن هذا النعى صحيح ذلك أن المطعون ضدها الأولى طلبت فى دعواها إعتبار عقد البيع المؤرخ أول أكتوبر سنة ١٩٥٤ والصادر منها إلى ولديها « الطاعن والمطعون ضده الثانى » تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية وإثبات رجوعها فى

هذه الوصية وأسست دعواها هذه على القول بأن ما ذكر فى العقد من أن التصرف بيع وأن الثمن وقدره ١٠٥٣٠ جنيها قد دفعه المشتريان غير صحيح إذ أن العقد فى حقيقته وصية ولم يدفع فيه أى ثمن . ولما كان الثابت من الأوراق أن الطاعن تمسك فى دفاعه أمام محكمة الموضوع بدرجتيها بأن هذا الذى أسست عليه المطعون ضدها دعواها يعتبر منها طعنا فى العقد بالصورية وأنها إذ كانت تدعى خلاف الثابت فيه فإنه لا يجوز لها أن تثبت هذا الإدعاء بغير دليل كتابى وطلب الطاعن رفض الدعوى لعدم تقديم هذا الدليل وقد رد الحكم الابتدائى الذى أحال الحكم المطعون فيه إلى أسبابه على دفاع الطاعن فى هذا الخصوص بعد أن أثبته فى تدويناته بقوله : « وحيث أنه وإن كان التصرف الصادر من المدعية « المطعون ضدها الأولى » لولديها المطعون عليهما بالعقد المؤرخ أول أكتوبر سنة ١٩٤٥ قد صيغ فى صورة بيع منجز وبالرغم من أن المدعية لم تقدم دليلا كتابيا مثبتا لعكس ما تضمنه هذا العقد إلا أن المحكمة تستخلص من ظروف الدعوى والملابسات التى تم فيها هذا التصرف وما استبان لها من مطالعة الأوراق أن التصرف فى حقيقة وصية للأسباب الآتية » ثم سرد الحكم الظروف وقرائن الأحوال التى إستدل منها على أن العقد يستروصية ولما نعى الطاعن فى أسباب استئنافه وفى المذكرة المقدمة منه إلى محكمة الاستئناف على الحكم الابتدائى إستناده إلى القرائن فى إثبات الصورية المدعاة رد الحكم المطعون فيه على ذلك بقوله « وحيث أن هذا السبب مردود بأن الدعوى موضوعها إعتبار عقد البيع وصية مضافة إلى ما بعد الموت ولم يطعن أحد على العقد المؤرخ أول أكتوبر سنة ١٩٤٥ بأنه صورى حتى يقال بأن الصورية بين المتعاقدين لاتثبت إلا بالكتابة -- وإنما كل طعن المستانف عليها « المطعون ضدها » منحصر فى التصرف المؤرخ أول أكتوبر سنة ١٩٤٥ وأن أفرغ فى صورة عقد بيع إلا أنها لم تقبض ثمنا على الإطلاق نظرا لأن نيتها وقت تحرير العقد إنصرفت إلى الإيصاء ومن ثم لا يجوز التحدى فى هذا المقام بقاعدة أن الصورية بين المتعاقدين لا تثبت إلا بالكتابة » .

وهذا الذى قرره الحكمان الابتدائى والمطعون فيه ردا على دفاع

الطاعن بعدم جواز الإثبات الكتابة ينطوى على خطأ فى تكييف أساس الدعوى ومخالفة للقانون ذلك إن ما طعنت به المطعون ضدها على عقد البيع المشار إليه من أن ما أثبت فيه من أنه عقد بيع وأن الثمن المسمى فيه قد دفع غير صحيح - وإن الصحيح هو أنه يستر وصية ولم يدفع فيه أى ثمن - هذا الذى طعنت به المطعون ضدها على العقد هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر ومتى كان العقد الظاهر المطعون عليه بهذه الصورية مكتوبا فإنه لا يجوز للمطعون ضدها وهى أحد عاقدية أن تثبت ما تدعيه مخالفا لما إشتمل عليه هذا العقد إلا بالكتابة وذلك عملا بالمادة ٤٠١ / ١ من القانون المدنى ولا يصح قياس هذه الحالة على حالة الوارث الذى يجوز له إثبات طعنة على العقد بأنه يخفى وصية بجميع الطرق لأن الوارث لا يستمد حقه فى الطعن فى هذه الحالة من المورث وإنما من القانون مباشرة على أساس أن التصرف قد صدر إضرارا بحقه فى الإرث فيكون تحايلا على القانون . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه على الرغم من تسليمه بأن المطعون ضدها لم تقدم دليلا كتابيا على الصورية التى إدعتها فإنه إستدل على قيامها بالقرائن والظروف التى أحاطت بالتعاقد فإنه يكون مخطئا فى القانون بما يستوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن ، وإذا كان هذا الخطأ قد حجب محكمة الاستئناف عن بحث ما تضمنه دفاع المطعون ضدها من وجود ورقة ضد بالعقد المستتر قد سرقت منها وهو دفاع يكون من شأنه إجازة الإثبات بالبينة والقرائن طبقا للفقرة ب من المادة ٤٠٣ من القانون المدنى فإنه يتعين لذلك إعادة القضية إلى محكمة الاستئناف .

(نقض جلسة ١٩٦٧/٢/٢٣ - السنة ١٤ ص ٤٨٥) .

٦ - وحيث إن هذا النعى غير سديد ذلك إن الحكم المطعون فيه إذ لم يعتد بأوراد المال فى التدليل على ملكيته مورث الطرفين لايكون قد خالف الثابت فى الأوراق إذ أن أوراد المال لا تنهض دليلا على الملكية ، وكذلك فإن الحكم لم يخالف الثابت فى الأوراق فيما قضى به من صورية عقد الطاعن ذلك أنه مادام قد إستند فى إثبات هذه الصورية إلى ورقة الضد المحررة بين الطاعن ، ووالده والذى أقر فيها الأول بصورية هذا

العقد فإنه لا يهم بعد ذلك أن يكون الباعث على تحريره هو إيجاد النصاب المالى اللازم لترشيح الطاعن للمشيخة أو أى باعث آخر .
(نقض جلسة ٢٠ / ٤ / ١٩٦٧ - السنة ١٨ ص ٨٦٠) .

٧ - وحيث أن النعى فى وجهه الأول غير سديد ذلك أن الحكم الابتدائى الذى أخذ الحكم المطعون فيه بأسبابه قرر بصدد التدليل على أن ورقة الضد المؤرخة ٥ / ١٠ / ١٩٤٠ والمحررة بين مورث الطاعنين والطاعن تنصب على عقد بيع المطعون عليه مايأتى « وحيث أنه تبين من الاطلاع على عقد البيع المطعون عليه ومن الإطلاع على ورقة الضد أن مساحة الأطيان موضوع عقد البيع وورقة الضد هى مساحة واحدة تبلغ مقدارها ٥ ف و ٤ ط و ٨ س وأن المتعاقدين فى عقد البيع المذكور هما بنفسهما المتعاقدين فى ورقة الضد . وحيث أنه يظهر أيضا من مطالعة البند الخامس من العقد المسجل أن المدعى عليه (الطاعن) قد أقر فيه بأنه يضع يده على القدر المبيع بتاريخ ٥ / ١٠ / ١٩٤٠ وهو نفس التاريخ الذى أشير إليه فى ورقة الضد مما يؤيد المدعين فى دعواهم بأنه هو نفس العقد الذى تناولته الورقة المشار إليها فضلا عن أنه لو صح ما زعمه المدعى عليه من وجود عقد آخر لقدم هذا العقد المزعوم » وأضاف الحكم المطعون فيه إلى ذلك قوله « وليس صحيحا ما يزعمه المستأنف (الطاعن) من أن ورقة الضد حررت عن أطيان خلاف ما تضمنه العقد المسجل المشار إليه آنفا فاتحاد طرفى العقد والمساحة الواردة وتاريخ وضع اليد على الأطيان المبيعة فى كل من العقد المسجل وورقة الضد لما يقطع بأن هذه الورقة حررت وقت تحرير العقد الابتدائى الذى أعقبه العقد المسجل فى أول مارس سنة ١٩٤٤ ولم يستطع المستأنف أن يقدم العقد الذى تحررت عنه وَرَقة الضد إن صح أدعاؤه بأن يغاير العقد المسجل » ويبين من ذلك أن محكمة الموضوع قد إستخلصت فى نطاق سلطتها التقديرية أن ورقة الضد المشار إليها تنصب على عقد البيع المطعون عليه ودللت على ذلك بأسباب سائغة من شأنها أن تؤدى إلى ما أنتهت إليه ومن ثم يكون ما يثيره الطاعن من أن ورقة الضد لا تنصب على عقد البيع لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا مما لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض - ولا محل لما ينعاه الطاعن على الحكم من أنه أخطأ فى

تكييف الورقة المحررة بين الطاعن ووالده إذ إعتبرها ورقة ضد لعقد البيع محل النزاع حالة أنها لا تعدو أن تكون مجرد وعد بالبيع أو الهبة ذلك لأن تكييف محكمة الموضوع للورقة المذكورة بأنها ورقة ضد هو تكييف صحيح لما إستخلصته المحكمة منها إستخلاصا سائغا يتفق مع مدلولها الظاهر ورأته أوفى بمقصود المتعاقدين منها . أما ما ينعاه الطاعن على الحكم لعدم اعتداده بعقده مع أنه قد إقترن بوضع اليد فمردود بأن الحكم وقد إنتهى إلى إعتبار هذا العقد عقدا صوريا ساترا لعقد حقيقى فإنه إذ رتب على ذلك أن العقد الذى ينفذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى أى ورقة الضد المؤرخة ٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٠ يكون قد طبق المادة ٢٤٥ من القانون المدنى تطبيقا صحيحا ولا يمنع من نفاذ هذا العقد الحقيقى فى حق الطاعن أن يكون قد وضع يده على المبيع إذ أن وضع يده فى هذه الحالة لا يعدو أن يكون مظهرا من مظاهر ستر الصورية . والنعى فى وجهه الثانى مردود بأن دفاع الطاعن أمام محكمتى الموضوع انحصر فى هذا الخصوص فى آن ورثة البائع وهم المطعون ضدهم قد أقروا بصحة البيع عندما اقتسموا تركة مورثهم عقب وفاته فى سنة ١٩٤٨ وذلك باستبعادهم القدر المبيع للطاعن من الأعيان التى تناولتها القسمة وطلب إثبات ذلك بالبينة وقد رد الحكم المطعون فيه على ذلك بأن الإحالة إلى التحقيق غير جائزة قانونا لأن قيمة الأرض المتنازع عليها تزيد على نصاب الشهادة وهذا القول من الحكم صحيح ذلك أن القسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود فتخضع فى الإثبات للقواعد العامة فلا يجوز إثباتها إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها إذا زادت قيمة المال المقسوم على عشرة جنيهات على أنه إذا كان مرمى دفاع الطاعن الذى أبداه أمام محكمة الموضوع هو حصول قسمة فعلية مما يجوز إثباتها بالبينة فإن الحكم المطعون فيه قد نفى حصول أية قسمة اتفاقية بين جميع الورثة بقوله « وينقض هذا الدفاع أن أخ المستأنف عبد الحميد عبد الرازق سبق أن رفع على المستأنف (الطاعن) فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ الدعوى رقم ٣١٧ سنة ١٩٤٩ مدنى كلى المنصورة يطلب فيها نفس طلبات المستأنف عليهم (المطعون ضدهم) فى الدعوى الحالية وقضى له إبتدائيا ببطلان عقد البيع المسجل فى أول مارس سنة

١٩٤٤ وإنتهت الدعوى صلحا فى الاستئناف الأمر الذى يدل على أن أخوة المستأنف بمجرد وفاة والدهم لم يرتضوا نفاذ هذا العقد المسجل بالنسبة لهم » . وهذا الذى قرره الحكم المطعون فيه يفيد أن المحكمة رأت فى أوراق الدعوى والأدلة المقدمة فيها ما يكفى لتكوين عقديتها بعدم حصول أية قسمة اتفاقية بين جميع الورثة وعدم رضائهم بنفاذ عقد الطاعن وذلك بغير حاجة لإجراء التحقيق الذى طلبه الطاعن وهذا من حق محكمة الموضوع والنعى فى وجهه الثالث غير منتج ذلك أن الحكم المطعون فيه وقد إنتهى إلى أن وضع يد الطاعن كان بناء على عقدة الصورى صورية مطلقة وأنه أقر فى ورقة الضد بأن ملكية الأطيان التى وضع اليد عليها باقية للمورث وأن من حق الأخير إسترداد الأطيان المبيعة فى أى وقت يشاء فإن وضع يد الطاعن فى هذه الحالة مهما طالت مدته لا يكسبه ملكية هذه الأرض لأن القانون يشترط فى الحيازة التى تؤدى إلى كسب الملكية بالتقادم أن تقترن بنية التملك . وكذلك فإن النعى بالخطأ فى القانون على الحكم المطعون فيه فيما قرره من أن حقوق الإرث لا تكتسب بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ٣٣ سنة إستناداً إلى المادة ٩٧٠ من القانون المدنى يكون عديم الجدوى لأن هذا الخطأ وارد فيما إستطرد إليه الحكم تزيدا إذ لم يكن ثمة محل لبحث مدة وضع اليد بعد أن إنتهى الحكم صحيحا إلى إنتفاء نية التملك لدى الطاعن مما يفقد التملك بوضع اليد ركنا من أركانه القانونية ومثل هذا الخطأ الواقع فى الأسباب الزائدة لا يبطل الحكم .

(نقض جلسة ٢٠ / ٤ / ١٩٦٧ السنة ١٨ ص ٥٦٠) .

٨ - وحيث أن النعى بهذين السببين غير سديد ذلك آنه يبين من الحكم المطعون فيه آن الطاعنة تمسكت أمام محكمة الموضوع بأن العقد يخفى وصية وأنها لم تقبض شيئا من الثمن المنصوص عليه فيه وتحقيقا لهذا الدفاع قضت محكمة الاستئناف بتاريخ ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٦٣ بإحالة الدعوى إلى التحقيق لتثبت الطاعنة بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود أنها قصدت من العقد الصادر منها إلى المطعون ضدهما والمؤرخ آول فبراير سنة ١٩٦١ الإيصاء لهما بالمائة فدان التى تضمن ذلك العقد أنها قد باعتها لهما وأنها لم تقبض شيئا من الثمن المنصوص

عليه فى ذلك العقد وصرحت للمطعون ضدهما بالنفى بذات الطرق وبعد أن سمعت المحكمة شهود الطرفين والمستندات المقدمة فى الدعوى وناقشت كل ذلك وإنتهت بأسباب سائغة إلى أن الطاعنة قد عجزت عن إثبات ما إدعته ومن ثم فقد وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد الذى يعد حجة عليها .

(نقض ١٤ / ١١ / ١٩٦٨ السنة ١٩ العدد الثالث ص ١٣٦٢) .

٩ - وحيث أنه يبين من مطالعة الحكم المطعون فيه أنه بعد أن أثبت إطلاعه على ملفى الدعويين ٤٢ سنة ١٩٤٥ ، ٣٦٣ سنة ١٩٤٦ مدنى كلى المنصورة ، وعلى عقد الصلح المقدم فيهما والمؤرخ ٢٨ / ١٢ / ١٩٤٣ والشكوى الإدارية رقم ٨٢٨ سنة ١٩٤٤ ميت غمر أورد فى مقام التدليل على وجود ورقة الضد قوله : « إن حسين عليان لم يجحد عقد ٢٨ / ٨ / ١٩١٦ ولم ينكر التوقيع عليه فى أى مرحلة من مراحل النزاع ، وكان كل دفاعه يقوم على محاولة التخلص من التزامه به بالاستناد إلى اتفاقات لاحقة ، والذى تخلص منه المحكمة من ذلك أن ورقة الضد وإن لم تكن موجودة حاليا تحت بصر المحكمة إلا أنها كانت معترفا بها من الخصوم وقد ثبت من الشهادة الرسمية المستخرجة من ملف الجناية ٢٢٦ سنة ١٩٦٦ أنها مقيدة ضد من يدعى عبده محمد بسيونى الشهير بمحمود محمد بسيونى لأنه فى الفترة من ٢٤ / ١ / ١٩٦٢ إلى ٧ / ٦ / ١٩٦٤ توصل مستعينا بمجهولين إلى استلام محضر الصلح المؤرخ ٢٨ / ١٢ / ١٩٤٣ وورقة الضد المؤرخة ٢٨ / ٨ / ١٩١٦ من القضيتين ٤٢ سنة ١٩٤٥ و ٣٦٣ سنة ١٩٤٦ كلى المنصورة . الأمر الذى يؤكد صحة ما ذهب إليه المستأنف ضده الأول (المطعون عليه الأول) من جدية هذه الورقة وأنه لا يقبل من المستأنفين (الطاعنين) الطعن عليها بالتزوير بعد أن سلم مورثهم بقيامها فى جميع مراحل التقاضى . وترتيبا على ذلك فلا محل للتحقيق الذى طلبه المستأنف ضده على سبيل الاحتياط لإثبات ما تضمنه محضر الصلح المؤرخ ٢٨ / ١٢ / ٤٣ بعد أن قامت الدلائل على وجوده وعلى مضمونه » . ويبين من هذا الذى أورده الحكم المطعون فيه أنه ناقش الأدلة التى سيقت للتدليل على وجود ورقة الضد المحررة بين طرفى العقد

المسجل فى ٢٨ / ٨ / ١٩١٦ وأثبت إقرار مورث الطاعنين بما تضمنته هذه الورقة من صورية هذا العقد ببيع أختيه له الأطيان المبينة به . وخلص الحكم من ذلك وبأسباب سائغة من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى إنتهى إليها وكافية لحمل قضائه فى هذا الخصوص إلى وجود ورقة الضد المشار إليها وكفايتها فى إثبات صورية العقد المؤرخ ٢٨ / ٨ / ١٩١٦ ، فلم ير الحكم به حاجة بعد ذلك إلى إجابة طلب الإحالة إلى التحقيق . لما كان ما تقدم ، وكان لقاضى الموضوع السلطة التامة فى بحث الدلائل والمستندات المقدمة له تقديما صحيحا وفى موازنة بعضها بالبعض الآخر وترجيح ما تطمئن نفسه إلى ترجيحه منها وفى استخلاص ما يرى أنه هو واقع الدعوى وكانت محكمة الموضوع غير ملتزمة باتخاذ إجراءات التحقيق إذا كانت ترى فى وقائع الدعوى ما يكفى للفصل فيها ، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بالفساد فى الاستدلال والقصور فى التسبيب لا يعدو وأن يكون جدلا موضوعيا فى فحوى الدليل وتقدير كفايته أو عدم كفايته فى الاقناع ، مما لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض ، ومن ثم فإن النعى على الحكم المطعون فيه بهذه الأسباب يكون على غير أساس .

(نقض جلسة ٢٨ / ١١ / ١٩٧٢ سنة ٢٣ ص ١٢٨٥) .

١٠ - لما كانت المحكمة قد إنتهت فى حكمها - المطعون عليه - بأسباب سائغة أن الطاعنة عجزت عن إثبات ما إدعته وأنه ثبت للمحكمة أن الطاعنة قد باعت للمطعون ضدهما رقبة المائة فدان وقبضت منهما الثمن المنصوص عليه فى العقد وأن النص فى ذلك العقد على احتفاظ البائعة بحق الانتفاع بالمبيع واشتراط منع المطعون ضدهما المشترين من التصرف فيه مدى حياتها لا تتوافر به القرينة القانونية المنصوص عليها فى المادة ٩١٧ من القانون المدنى لتخلف أحد شروطها وهو وجوب أن يكون المتصرف إليه وارثا للمتصرف لأن هذه الصفة لا تتحدد إلا بعد وفاة المتصرف (الطاعنة) وهى لا تزال على قيد الحياة الأمر الذى لا يصح معه وصف المطعون ضدهما بأنهما وارثان لها ، ولم تر المحكمة إعتبار هذا الشرط قرينة قضائية على أن التصرف مضاف إلى ما بعد الموت تأسيسا على أنه لا يفيد سوى أن المبيع قد انصب على رقبة المائة

فدان موضوع التصرف دون الانتفاع بها مدى حياة الطاعنة التى رأت تأمينا لحقها فى الانتفاع ولعدم رغبتها فى إيجاد صلة أشبه بصلة الشيوع أن تشترط على المطعون ضدهما عدم التصرف فى الرقبة إلى حين وفاتها وهو شرط جائز قانونا ولا يفيد وحده نية الإيصاء وإنتهت المحكمة من ذلك إلى إعتبار العقد عقد بيع منجز تكاملت أركانه القانونية .

وهذا الذى ذهب إليه الحكم المطعون فيه لا مخالفة فيه للقانون ذلك أن التصرفات المنجزة الصادرة من شخص كامل الأهلية فى حال صحته تكون صحيحة ولو كان يترتب عليها فى المستقبل حرمان بعض ورثته أو تعديل أنصبتهم فى الميراث لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته أما ما يكون قد خرج من ملكه حال حياته فلا حق للورثة فيه . لما كان ذلك وكانت النصوص الواردة فى العقد المختلف على تكييفه صريحة فى أنه عقد بيع منجز فإن ما طعنت به الطاعنة على هذا العقد - وهى أحد طرفيه - من عدم صحة ما أثبت فيه من أنه عقد بيع وأن الثمن المسمى فيه قد دفع وأن الصحيح هو أنه يستر وصية ولم يدفع فيه أى ثمن . هذا الذى طعنت به الطاعنة على العقد إنما هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر وعليها يقع عبء إثبات هذه الصورية فإن عجزت وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد لأنها تعتبر عندئذ حجة عليها . ولما كانت محكمة الاستئناف قد أجازت للطاعنة إثبات طعنها على العقد بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود وذلك لما رأته من قيام المانع الأدبى الذى يحول دون حصولها على ورقة ضد من ولديها المتصرف إليهما وكانت المحكمة قد إنتهت بأسباب سائغة إلى أن الطاعنة قد عجزت عن إثبات ما تدعيه وثبت للمحكمة فوق هذا أن الثمن المذكور فى العقد قد دفع فعلا وأنه كان فى مقدور المتصرف إليهما ووالدهما دفعة فإن هذا حسب الحكم المطعون فيه لاعتبار العقد بيعا كظاهر نصوصه ولا يقدح فى ذلك احتواؤه على شرط احتفاظ الطاعنة المتصرفة بالانتفاع بالعين المبيعة مدى حياتها . وشرط منع المطعون ضدهما المتصرف إليهما من المتصرف فى هذه العين لأن هذين الشرطين لا يؤديان إلى إعتبار المتصرف وصية إذا ثبت أن الثمن المسمى فى العقد قد دفع بأكمله إذ هذا يتنافى مع معنى الوصية التى هى من التبرعات . لما كان ما

تقدم وكان ما قرره الحكم فى شأن إمكان إعتبار العقد هبة مستورة فى صورة عقد بيع إنما كان فى معرض الرد على طلب توجيه اليمين الحاسمة وفى مجال بحث فرض جدلى بعدم أداء الثمن كله أو بعضه وإذ كان الحكم قد فرغ قبل التعرض لهذا الفرض الجدلى من إثبات عجز الطاعنة عن إثبات الصورية التى إدعتها فإن النتيجة الحتمية لذلك هى اعتبار العقد بيعا على مقتضى ظاهر نصوصه التى تعتبر عندئذ حجة عليها وهو ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه فعلا فى أسبابه وقضى به فى منطوقه ومن ثم يكون ما ورد فى أسبابه عن احتمال أن يكون العقد هبة مستورة زائدا على حاجة الدعوى يستقيم الحكم بدونه وبالتالى يكون النعى عليه فى هذا الخصوص غير منتج .

(نقض ١٤/١١/١٩٦٨ - السنة ١٩ العدد الثالث ص ١٣٦٢) .

١١ - وحيث أن النعى بالوجه الأول غير سديد ذلك أن ما دفع به المطعون ضدهن الأربعة الأول من أن عقد البيع المطلوب الحكم بصحته هو فى حقيقته وصية وأنه لم يدفع فيه ثمن خلافا لما ذكر فيه إنما هو طعن منهن بصورية هذا العقد صورية نسبية بطريق التستر ومن حقهن كورثة أن يثبتن دفاعهن هذا بجميع طرق الاثبات بما فيها البينة لأن التصرف يكون فى هذه الحالة قد صدر إضرارا بحقهن فى الإرث الذى تتعلق أحكامه بالنظام العام فيكون تحايلا على القانون ومن ثم فإذا قضى الحكم الصادر فى ١٩ من ديسمبر سنة ١٩٦٣ بإحالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت المطعون ضدهن الأربعة الأول أن عقد البيع فى حقيقته وصية وأن المشترين - الطاعنين - لم يدفعا ثمنا وليس لديهما مال يمكنهما من دفعه وأن المورث الذى كان مليئا استقل بوضع يده على المبيع حتى وفاته وأنه ما كان بحاجة لبيع شىء من ملكه فإن الحكم يكون بذلك قد قضى بإثبات الصورية المدعاة من الورثة وإثبات الوقائع المادية التى ساقوها لتأييد هذه الصورية وكل ذلك مما يجوز إثباته بالبينة أما تكييف العقد فيجئ دوره بعد أن تتبين المحكمة من التحقيق الذى أمرت به حقيقة نوع العقد الذى قصده الطرفان ومن ثم يكون النعى على الحكم المطعون فيه بالخطأ فى القانون بمقولة أنه ترك للشهود البت فى أمر تكييف العقد على

غير أساس . والنعى فى وجهه الثانى مردود بأن المحكمة لا تستطيع البت فى أمر صحة ونفاذ العقد سواء بإعتباره بيعا أو أعتباره وصية إلا بعد أن تحدد نوعه إذ يتوقف على هذا التحديد معرفة الأحكام القانونية التى تنطبق عليه من حيث الصحة والنفاذ ولا يجوز للمحكمة حتى بفرض أن التركة تتسع لنفاذ التصرف فى الحالين أن تقضى بنفاذه قبل أن تبت فى أمر تكييفه وهل هو بيع أو وصية .

وحيث أن الطاعنين ينعيان على الحكم الثانى الصادر فى الموضوع بتاريخ ٢٥ سنة ١٩٦٤ الخطأ فى تطبيق القانون من أربعة وجوه وفى بيان الوجه الأول يقولان أن المحكمة طبقت المادة ٩١٧ من القانون المدنى والتى تشترط أن يكون التصرف المطعون فيه صادار إلى أحد الورثة حتى يتسنى إعتباره وصية مع أنهما ليسا من ورثة البائع وقد نبها محكمة الموضوع إلى ذلك .

وحيث أن هذا النعى غير صحيح ذلك أنه يبين من الحكم المطعون فيه أنه لم يشر إلى المادة ٩١٧ من القانون المدنى ولم يعمل القرينة القانونية المنصوص عليها فيها وإنما أقام قضاءه باعتبار التصرف الذى تضمنه عقد البيع المطعون عليه مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه لذلك أحكام الوصية على ما شهد به شهود الإثبات الذين اطمأنت إليهم المحكمة ورجحت أقوالهم على أقوال شهود النفى من أن عقد البيع لم يظهر إلا بعد وفاة المتصرف وأنه ظل واضعا يده على الأطيان المتصرف فيها حتى وفاته وأن المتصرف إليهما - الطاعنين - لا يستطيعان دفع الثمن المذكور فى العقد كما إستندت المحكمة إلى ما ثبت لها من المستندات المقدمة فى الدعوى من أن المتصرف كان مليئا ولم يكن فى حاجة إلى البع . ولما كان ذلك وكان للوارث - على ما سلف بيانه فى الرد على الوجه الأول من السبب الأول - أن يثبت طعنه على التصرف بأنه يستر وصية أضرارا بحقه فى الميراث بكافة طرق الإثبات وكان عدم انطباق شروط المادة ٩١٧ من القانون المدنى لكون المتصرف إليه غير وارث وإن كان يؤدى إلى عدم جواز إعمال القرينة القانونية المنصوص عليها فى هذه المادة وبالتالى إلى عدم إعفاء الوراث الذى يطعن على التصرف بأنه يستر وصية من إثبات هذا الطعن أن ذلك لا يمنعه من أن

يتحمل هو عبء إثبات طعنه هذا وله فى سبيل ذلك أن يثبت احتفاظ المورث بحيازة العين التى تصرف فيها كقرينة قضائية يتوصل بها إلى إثبات مدعاه والقاضى بعد ذلك حر فى أن يأخذ بهذه القرينة أو لايأخذ شأنها فى ذلك شأن سائر القرائن القضائية التى تخضع لمطلق تقديره . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد إستند فى قضائه بأن العقد فى حقيقته وصية إلى التحقيق الذى أجرته المحكمة والذى تحمل فيه المطعون ضدهن الأربعة الأول عبُ الإثبات وإلى القرائن التى ساقها الحكم فإنه لا يكون مخالفا للقانون ويكون النعى عليه بهذا الوجه بتطبيقه المادة ٩١٧ من القانون المدنى غير (مصادف محلا) فيه .

وحيث ان الوجه الثانى يتحصل فى أن الحكم المطعون فيه إستند فى القول بأن التصرف وصية وليس بيعا إلى أن البائع كان يضع اليد على الأطيان المتصرف فيها حتى وفاته بوساطة وكيله وحفيده الاحمدى عبد العزيز وأسند إلى شاهد الإثبات الأخير القول بقيام هذه الوكالة مع أنه لا يوجد بالأوراق ما يدل على وجودها وأنه على فرض قيام هذه الوكالة فإن الوكيل هو زوج المشترية الطاعنة الأولى وأولى أن يكون وضع يده نيابة عنها لا نيابة عن جده هذا إلى أن الحكم لم يعن بتحديد ماهية وضع اليد وأركانه حتى يزيل الغموض عنه كما أن حيازة المتصرف لما تصرف فيه لا تكفى للقول بأن التصرف وصية بل يجب أن يقترن ذلك بثبوت الاحتفاظ بالحق فى الإنتفاع بالعين مدى الحياة على ما تقضى به المادة ٩١٧ من القانون المدنى .

وحيث أن هذا النعى فى شقه الأول مردود بأن الثابت من التحقيق الذى أجرته المحكمة فى ١٩ من ديسمبر سنة ١٩٦٣ أن شاهد الاثبات الأخير قرر أن الأحمدى - زوج الطاعنة الأولى وحفيد المورث - كان وكيلا عنه حتى وفاته ينوب عنه فى وضع يده على الأرض المتصرف فيها ، كما أقر الأحمدى بوكالته هذه فى التحقيق الذى أجرته محكمة أول درجة عند ما سئل شاهدا ، بل أن الطاعنين أكدا قيام تلك الوكالة بمذكرتهما المقدمة إلى محكمة الاستئناف والمودعة ملفه برقم ١٦ ، ومن ثم كان النعى على الحكم فى هذا الصدد غير صحيح ، والنعى فى شقه الثانى مردود بأنه وقد إستخلصت محكمة الموضوع فى حدود سلطتها التقديرية

وبأسباب سائغة أن الأحمدى عبد العزيز كان يضع يده على الأرض المتصرف فيها بصفته نائبا عن المورث فإن قول الطاعنين بأن الأولى إعتبار وضع يد هذا الوكيل نيابة عن زوجته الطاعنة الأولى وليس نيابة عن المورث يكون جدلا موضوعيا مما لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض . كذلك فإن النعى على الحكم لعدم بيانه أركان وضع اليد مردود بأن المحكمة وقد كانت بصدد الفصل فى حقيقة ما انتواه المتصرف بالعقد محل النزاع فإن تحدثها فى هذا المقام عن وضع يد المتصرف إنما يكون من حيث أنه قرينة من القرائن التى يستدل بها على أنه قد قصد أن يكون تمليك المتصرف له مضافا إلى ما بعد موت المتصرف ولهذا فلم يتخل له عن الحيازة التى يتخلى له عنها لو كان التصرف منجزا ومن ثم فلا يكون على المحكمة فى هذه الحالة أن تبحث أركان الحيازة القانونية وشروطها إذ هذا البحث لا يكون لازما إلا إذا كانت بصدد الفصل فى حيازة بالمعنى الذى يستوجبه القانون فى دعاوى الحيازة أو كسب الملك بالتقادم . والنعى فى شقة الأخير مردود بما سبق بيانه ردا على الوجه الأول من هذا النعى من أن الحكم المطعون فيه لم يؤسس قضاءه على القرينة الواردة بالمادة ٩١٧ من القانون المدنى حتى يقال بعدم توافر شروطها .

وحيث أن الوجه الثالث يتحصل فى آن الحكم المطعون فيه شابه الفساد فى الاستدلال فيما أستند إليه من آن البائع لم يكن فى حاجة إلى البيع وأن المشترين لم يكن فى استطاعتهما أداء الثمن لأن احتياج البائع ليس من مستلزمات البيع ولا من أركانه وعدم قدرة المشترى على أداء الثمن لا تمنع من إمكان حصوله عليه عن طريق القرض وغيره كما أن ثبوت عدم دفع الثمن لا يؤدى إلا إلى اعتبار العقد هبة مستترة فى صورة عقد بيع وهو ما لا يعنى أن التصرف منجز ومن ثم تكون القرائن التى استند إليها الحكم منها ما هو منهار ومنها ما هو غير سائغ وإذ كان لا يعرف أيهما كان أساسا جوهريًا لقضائه فإن ذلك يؤدى إلى انهيار باقى القرائن الأخرى .

وحيث أن هذا النعى مردود بأن الحكم المطعون فيه دلل على أن العقد فى حقيقته وصية وليس بيعا بما تبين من آقوال شهود الإثبات التى

اطمأنت المحكمة إليها ومن المستندات المقدمة فى الدعوى من أن العقد لم يظهر إلا بعد وفاة المورث وأنه ظل واضعا اليد على الأطيان المتصرف فيها طوال حياته ولم يتخل عن حيازتها للمتصرف لهما - الطاعنين - وأن المتصرف كان موسرا وفى غير حاجة إلى بيع شىء من أرضه وأن المتصرف لهما لم يكن لديهما مال يدفعان منه الثمن المذكور فى العقد ، ولما كانت هذه الأدلة والقرائن من شأنها أن تؤدى فى مجموعها إلى ما رتبه الحكم عليها وليس بينها مالا يصلح للاستدلال به على هذه النتيجة وكان تقدير الأدلة والقرائن مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى تقديره لقرينة من شأنها أن تؤدى إلى الدلالة التى أستخلصها هو منها ولا يجوز مناقشة كل قرينة على حده لإثبات عدم كفايتها فى ذاتها فإن النعى بهذا الوجه يكون جدلا فيما تستقل محكمة الموضوع بتقديره .

وحيث أن الوجه الرابع يتحصل فى أن الحكم المطعون فيه أخطأ فى القانون بقضائه برفض الدعوى برمتها إذ أنه بفرض صحة ما إنتهى إليه من أن التصرف فى حقيقة وصية فإنه كان يتعين عليه أن يقضى بنفاذ هذه الوصية فى حدود ثلث التركة ولا يعتبر هذا منه تغييرا لأساس الدعوى لا تملكه المحكمة من تلقاء نفسها - كما ذهب إلى ذلك خطأ - لأن من يملك الأكثر يملك الأقل والمحكمة التى تستطيع أن تقضى بصحة التصرف بوصفه بيعا تستطيع من باب أولى أن تقضى بصحته بوصفه وصية لا تنفذ إلا فى حدود ثلث التركة ولأن تكييف العقد بكيفه الصحيح لا يعتبر تغييرا لأساس الدعوى بل هو من صميم عمل المحكمة فى أية دعوى ولهذا فقد كان على محكمة الاستئناف بعد أن إنتهت إلى تكييف التصرف بأنه وصية أن تقرر نفاذ هذه الوصية مادامت تخرج من الثلث بحسب عناصر التقدير التى كانت ماثلة أمامها فى الدعوى رقم ٢١٧ سنة ١٩٦٢ المرفوعة من الورثة المطعون ضدهم وأن تكتفى المحكمة بالتقرير بصحة التصرف بوصفه وصية لا تنفذ إلا فى حدود ثلث التركة تاركة للمتقاضين تحديد ما إذا كانت تلك الوصية تخرج من الثلث أم لا تخرج بعد التركة إتفاقا أو قضاء وإذ خالف الحكم المطعون فيه ذلك وقضى برفض الدعوى فإنه يكون مخطئا فى

القانون .

وحيث أن هذا النعى صحيح ذلك أنه متى كانت محكمة الاستئناف قد إنتهت إلى أن التكييف الصحيح للعقد بحسب ما عناه العاقدان هو أنه وصية وليس بيعا فإنه كان عليها أن تنزل عليه الحكم القانونى المنطبق على وصفه الصحيح ولا يعتبر ذلك منها تغييرا لأساس الدعوى لأنها لا تتقيد فى التكييف بالوصف الذى يعطيه المدعى للحق الذى يطالب به بل عليها أن تتحرى طبيعة هذا الحق لتصل بذلك إلى التكييف القانونى الصحيح له وتطبق عليه حكم القانون ولما كانت الوصية بحسب أحكام القانون رقم ٧١ سنة ١٩٤٦ المنطبق على الواقعة سواء كانت لوارث أو لغيره تصح وتنفذ فى ثلث التركة من غير إجازة الورثة وكان المطعون ضدهن الأربعة الأول المنازعات قد طلبن اعتبار التصرف وصية وهو ما يفيد عدم منازعتهن فى صحته ونفاذه على أساس هذا الوصف فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدعوى برمتها دون أن يبحث ما إذا كان المقدار الموصى به يدخل فى حدود ثلث التركة أولا يدخل يكون مخطئا فى تطبيق القانون بما يستوجب نقضه فى هذا الخصوص وحده . ولما كان الفصل فى الدعوى على الأساس المتقدم الذكر يستلزم الإحاطة بجميع أموال التركة من عقار ومنقول وكان الحكم المطعون فيه وأوراق الدعوى الأخرى خلوا من هذا البيان فإنه يتعين بعد نقض الحكم إحالة القضية .

(نقض جلسة ٢ / ١ / ١٩٦٩ السنة ٢٠ - ص ٢٣).

١٢ - وحيث أن هذا النعى سديد ، ذلك أنه لما كان الطاعنون قد تمسكوا أمام محكمة الموضوع بأنهم كانوا حسنى النية عندما آشتروا من مورثهم معتمدين على عقدة الظاهر جاهلين ورقة الضد ، وكان الطاعنون بحكم انهم إشتروا أطيان النزاع بعقدى بيع مشهرين فى ٢٤ / ٢ / ١٩٥٢ ، ١١ / ٤ / ١٩٥٣ يعتبرون من الغير بالنسبة إلى تلك الورقة ، فلهم - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يتمسكوا بالعقد الظاهر دون العقد المستتر ، ومن ثم لا يجوز أن يحاجوا بالعقد المستتر إلا إذا كان هذا العقد مشهرا أو كانوا هم عالمين بصورية العقد الظاهر أو بوجود ورقة ضد . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد

أخطأ إذ أعتبر الطاعنين خلفا عاما لمورثهم بالنسبة إلى التصرف الصادر منه إليهم بالعقدين المشهرين سالفى الذكر فتسرى فى حقهم ورقة الضد ولو لم تكن مشهرة ، ورتب على ذلك قضاءه بعدم نفاذ هذين العقدين فى مواجهة المطعون عليه الأول وكانت محكمة الاستئناف قد حجبت نفسها بهذا الخطأ عن تحقيق دفاع الطاعنين من عدم علمهم بورقة الضد ومضمونها ، على الرغم مما لحسن النية أو سوئها من الأهمية قانونا فى تحديد حقوق المشترى من أحد طرفى العقد الصورى . لما كان ما تقدم فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا بالخطأ فى القانون والقصور فى التسبيب بما يستوجب نقضه دون حاجة إلى بحث باقى أسباب الطعن .

(نقض جلسة ٢٨ / ١١ / ١٩٧٢ السنة ٢٣ ص ١٢٨٥) .

١٣ - وحيث أن هذا النعى مردود ، ذلك أن التمسك بأن عقد البيع يستر وصية هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر ، ويقع على الطاعن عبء إثبات هذه الصورية ، فإن عجز وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد الذى يعد حجة عليه وإذ يبين من الحكم المطعون فيه أنه بعد أن حصل وقائع الدعوى ودفاع الطرفين وأقوال الشهود - الذين سمعتهم محكمة الاستئناف - ووازن بينها ، وأفصح عن اطمئنانه إلى أقوال شهود المطعون عليهم دون أقوال شهود الطاعنين اقام قضاءه برفض الادعاء بصورية عقود البيع على أن الطاعنين قد أخفقوا فى إثبات أن العقود تستر وصية ، وأنها صدرت منجزة مستوفية أركانها القانونية وأنه تم تسجيلها قبل وفاة المتصرفة بزمن طويل ، وهى تقريرات موضوعية سائغة تكفى لحمل النتيجة التى إنتهى إليها ، فإن النعى على الحكم بهذا السبب يكون على غير أساس .

(نقض جلسة ٢٦ / ٦ / ١٩٧٥ السنة ٢٦ ص ١٣١٤) .

١٤ - وحيث أن هذا النعى مردود ذلك أنه لما كانت الصورية المطلقة هى تلك التى تتناول وجود العقد ذاته فيكون العقد الظاهر لا وجود له فى الحقيقة أما الصورية النسبية فهى التى لا تتناول وجود العقد وإنما تتناول نوع العقد أو ركنا فيه أو شرطا من شروطه أو شخص المتعاقدين وكان الحكم المطعون فيه قد إعتبر أن عقد البيع محل النزاع يستر وصية على عدة قرائن حاصلها عدم ثبوت سداد

المطعون عليه لمقدم الثمن واحتفاظ المورثة بحيازة العقار المبيع حتى وفاتها وانتفاعها بغلته وسداها الأموال الأميرية المقررة عليه وظهورها بمظهر المالك ، وكانت هذه القرائن التى أوردها الحكم - ومنها عدم سداد مقدم الثمن - لا تتناول وجود العقد ذاته بل تتناول نوعه إذ إقتصرت دلالتها على أن التصرف بهذا العقد لم يقصد به التنجيز خلاف الظاهر الذى أفرغ فى صورة عقد بيع بل قصد به الإضافة إلى ما بعد الموت فإنه إذ خلص إلى أن هذا العقد صورى صورية نسبية وأنه يخفى وصية لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(نقض جلسة ٢٥ / ٥ / ١٩٧٨ السنة ٢٩ ص ١٣٣٧) .

١٥ - إذا إتفقت سيدة مع شخص على أن تبيعه عقارا مملوكا لها بيعا صوريا وأن تأخذ منه ورقة ضد تثبت الصورية ولما صدر عنها عقد البيع سلمها ورقة ضد وعليها توقيع توهمت أنه توقيعه فى حين أنه لم يكن هو الذى وقع بإمضائه على هذه الورقة غشا منه لها بل أن الذى وقع عليها شخص آخر غيره ، ولما تبين لها ذلك رفعت عليه الدعوى طالبة ثبوت ملكيتها للعقد موضوع التعاقد دون أن تطلب أولا فسخ العقد ، فقضت المحكمة بإحالة الدعوى للتحقيق لإثبات ونفى واقعة الغش المدعى بها ، وثبت لها منه أن توقيع المدعية على عقد البيع كان تحت تأثير هذا الغش المفسد لرضاها ، فحكمت المحكمة بالبطلان وثبوت الملكية ، فإن هذا الحكم يكون صحيحا ، ولا محل للقول بأن الغش قد وقع بعد تمام العقد والتعلل بشأن الوقت الذى سلمت فيه ورقة الضد ، إذ أن المحكمة قد إعتبرت العملية التى تمت بين طرفى الخصومة عملية واحدة إتصلت وقائعها بعضها ببعض وأن الغش قد وقع من مبدأها لنهايتها .

(نقض ١ / ١١ / ١٩٣٧ الفهرس العشرى للمجموعة الرسمية بند ٦٣٨) .

الصورية يجوز أن تكون فى التصرف القانونى الصادر من جانب واحد :

من المقرر أن الغالبية العظمى للصورية تكون فى العقود ، ولكن هذا

لا يمنع من أن تكون فى هذا التصرف القانونى الصادر من جانب واحد بشرط أن يكون هذا التصرف موجها إلى شخص معين ، لأن الصورية نتيجة أتفاق ، ولا يتصور الاتفاق إلا من شخصين يتعاملان معا ، فالتنازل عن حق عينى أو الأبراء من دين أو إنهاء علاقة قانونية قائمة كل هذا يتم بتصرف قانونى من جانب واحد ، وقد يكون هذا التصرف صوريا إذا أتفق الطرفان على أن التنازل أو الأبراء أو إنهاء العلاقة القانونية لا يقع ، وأن الحق العينى أو الدين أو العلاقة القانونية كل هذا يبقى قائما بالرغم من التصرف الصورى .

(د. عبد الحى حجازى - ٣ ص ٢١٢)

أحكام النقض :

الوارث لا يعتبر من طبقة الغير بالنسبة إلى الاقرارات الصادرة من المورث ومن ثم فإنها تسرى عليه غير أن له أن يثبت بأى طريق من طرق الإثبات أن حقيقتها وصية قصد بها إيثار أحد الورثة أضرارا به .

(نقض ٢٨ / ٤ / ١٩٨٥ - طعن رقم ١٦٩٤ لسنة ٤٩ قضائية) .

المبحث الثالث
« الصورية المشروعة وغير المشروعة »

تنقسم الصورية إلى صورية مشروعة وصورية غير مشروعة .

فتكون مشروعة ، إذا كان الغرض منها شريفا ، كشخص يريد أن يشترى منزلا من أخر ولكنه خشى لظروف خاصة أن يرفع البائع الثمن عليه إذا ظهر بنفسه فى العقد ، فاستعار آخر ليشترى له هذا المنزل ثم يرده عليه .

وكذلك إذا أراد أب أن يميز أبنا له بإعطائه هبة فى حدود النصاب الجائز التصرف فيه بالوصية بالهبة مدفوعا بعاطفة شريفة ، ولكنه خشى أن يثير هذا الحقد بين إفراد عائلته فعمد إلى الصورية طريقا ليخفى هبته لانبه فباع العقار لصديق وسيط بيعا صوريا ، ثم أخذ عليه ورقة الضد بأن هذا البيع صورى وأن هذا الصديق لم يكن إلا وسيطا مكلفا بتوصيل هذا المال إلى أبنه بطريق الهبة . فالغرض من الصورية فى هذه الأحوال شريفا ومشروعا .

وقد تكون غير مشروعة ، كما إذا كان هناك قصد الغش بالدائن وبحقوقه ، ويجوز للدائن أن يطعن بالصورية فى التصرف إذا أصابه ضرر دون أن يكون ملزما بإثبات الغش كما إذا كان القصد منها مخالفة قواعد قانونية آمرة لتعلقها بالنظام العام كقانون ايجار الأماكن .

والصورية المشروعة نادرة ، والغالب أن تكون صورية غير مشروعة القصد منها الغش نحو القانون ، والتحايل على أحكامه الآمرة المتعلقة بالنظام العام أو الآداب ، أو الإضرار بحقوق الغير ، أو الغش بالخزانة العامة ، وبذلك أصبحت الصورية ترادف كلمة الغش .

الفصل الثالث
تميز الصورية عن حالات مشابهة لها

المبحث الأول
اختلاف الصورية عن التدليس

المقصود بالتدليس :

استعمال شخص طرقا احتيالية لإيقاع شخص آخر فى غلط يدفعه إلى التعاقد سواء معه أو مع الغير ، وهو يشتبه بالغلط ، ولذلك قيل أن الغلط كعيب من عيوب الرضا هو الغلط التلقائى ، فى حين أن التدليس هو الغلط الناشئ عن الحيل .

وحتى يتوافر التدليس يتعين توافر ثلاثة شروط وهى : -

(١) الاحتيال (٢) كونه مؤثرا (٣) اتصال الطرف الآخر بالتدليس .

الشرط الأول : الاحتيال :

يتكون الاحتيال من عنصرين ، أولهما مادى والثانى معنوى ، ويتمثل العنصر المادى من أعمال مادية من شأنها أن تولد فى ذهن العاقد صورة تخالف الواقع أو أن تؤيده فى ذهنه مثل هذه الصورة ، ولا يشترط فى هذه الأعمال شروط خاصة ، فكل ما يقع من أفعال أو أقوال يترتب عليها وقوع شخص فى غلط جوهرى يعد من الوسائل التدليسية ، ولكن يجب أن تكون هذه الأعمال كافية للتضليل حسب حالة كل متعاقد ، أى أن المعيار فى هذا الصدد معيار ذاتى ينظر فيه إلى شخص من وقع عليه التدليس .

أما العنصر المعنوى فى الاحتيال فهو نية التضليل بقصد الوصول إلى غرض غير مشروع ، فإذا إنعدمت نية التضليل أو وجدت ولكن بقصد

الوصول إلى غرض مشروع ، تخلف العنصر المعنوى فى الاحتيال فينتفى المقصود بالتدليس .

الشرط الثانى : أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد :

وهذا الشرط الثانى الذى يعبر عنه بالعنصر الشخصى . بأن تكون الوسائل الاحتيالية هى الدافعة إلى التعاقد بحيث لولاها لما أبرم المدلس عليه العقد ، وتقدر جسامة تلك الوسائل وأثرها بمعيار ذاتى يعتد بحالة المدلس عليه من حيث سنه وجنسه وذكائه وخبرته وظروف الحال : فالعبرة بعيب الرضا الذى ولدته تلك الوسائل لدى من وقعت عليه فإذا توافر فيه معنى الغلط الجوهرى الدافع إلى التعاقد توافر المقصود بالتدليس سواء إنصب على أصل التعاقد أم إنصب على أحد شروط العقد .

ولذلك كانت التفرقة التى قال بها البعض بين التدليس الدافع والتدليس العارض أو الغير الدافع وهو وإن كان لم يحمل المدلس عليه على قبول التعاقد إلا أنه أغراه بشروط أكثر وطأة ، إذ الصحيح الإرادة المعيبة فى الحالين ، ويكون المدلس عليه بالخيار بين طلب ابطال العقد وبين الاكتفاء بطلب التعويض على أساس المسئولية التقصيرية .

الشرط الثالث : ضرورة اتصال المتعاقد - الذى آدخل عليه الغش - بوقائع الغش بمعنى آن يكون إبرامه للعقد كان تحت تأثير الغش المفسد للرضا .

وعلى ذلك تتميز الصورية عن التدليس فى الأحوال الآتية : -

إذا كان كل منهما يخفى آمرا تحت ستار ظاهر كاذب إلا أن الفرق بينهما ظاهر فى :

١ - التدليس يقع عند تكوين العقد من أحد المتعاقدين على الآخر ، بينما الصورية تقع باتفاق الطرفين على ثالث ليس طرفا فى العقد .

٢ - القصد من التدليس هو الحصول على قبول أحد المتعاقدين بطريقة الخديعة ، فيجعل العقد قابلا للأبطال . فى حين أن الصورية

يتعاقد المتعاقدان وهما على علم بما يضمرانه للغير ، فلا يغش إحدهما الآخر ، وإنما يريدان معا غش الغير أو إخفاء أمر معين .

٣ - يعتبر التدليس دائما عملا غير مشروع ، إذ يقصد به دائما غش الغير ، فى حين أن الصورية قد تكون لغرض مشروع ولا يقصد بها ضرر للغير .

٤ - يعتبر التدليس دائما واقعة مادية يمكن إثباته بجميع طرق الإثبات ، فى حين إن الصورية هى تصرف قانونى لا يمكن إثباتها بين الطرفين - كمبدأ عام - إلا بالكتابة إذا زادت قيمة الالتزام على عشرين جنيها .

المبحث الثانى
« اختلاف الصورية عن الغش »

يقصد بالغش الإضرار بالدائن ، وهو يختلف عن التدليس كعيب من عيوب الرضا والذى تداخله طرق احتيالية ويقصد به خديعة المتعاقد الآخر .

والعبرة فى وجود الغش عند إبرام التصرف المطعون فيه ، ويكفى فى إثباته ثبوت علم المدين فى ذلك الوقت باعساره فتقوم بذلك قرينة قانونية على نية الإضرار بالدائن ، ولكنها قرينة بسيطة إذ يجوز للمدين أن يثبت أنه رغم علمه باعساره لم يقصد إلى الإضرار بالدائن ، كأن يثبت أنه إنما قصد بتصرفه الحصول على حاجاته الضرورية ، أو كأن يعتقد ولأسباب مبررة أن إعساره وقتى أو أن التصرف سيكون سببا فى ترويج أعماله وعودته إلى اليسار .

ولا يكفى غش المدين بل يتعين أن يثبت معه تواطؤ المتصرف إليه ، ويتحقق ذلك بعلمه بغش المدين . ويعتبر عالما بذلك متى ثبت أنه أقدم على إبرام التصرف وهو عالم بأنه يؤدى إلى إعسار المدين أو يزيد فى إعساره .

فإذا ثبت هذا العلم كان قرينة قانونية على التواطؤ ولكنها قرينة بسيطة إذ يستطيع المتصرف إليه دحضها بإثبات آنه رغم هذا العلم كان يعتقد بحسن نية أن المدين لم يقصد الإضرار بالدائن كأن يكون التصرف الذى صدر إليه مألوفا تقتضيه حسن تجارة المدين أو صناعته أو زراعته .

وتتميز الصورية عن الغش فى أن المادة ٢٣٧ مدنى تفترض أن العقد المطعون فيه بالغش هو عقد جدى ، فى حين أن الصورية تفترض أن العقد المطعون فيه هو عقد صورى .

أحكام النقض :

١ - لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن قاعدة الغش يبطل التصرفات ، وهى قاعدة سليمة ولم لم يجربها نص خاص فى القانون ، وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية فى محاربة الغش والخديعة والاحتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره فى التصرفات والإجراءات عموما صيانة لمصالح الأفراد والمجتمع . وكان استخلاص عناصر الغش من وقائع الدعوى وما يثبت به هذا الغش يدخل فى السلطة التقديرية لقاضى الموضوع بعيدا عن رقابة محكمة النقض فى ذلك مادامت الوقائع تسمح به .

(نقض مدنى جلسة ٢١/٥/ ١٩٧٩ السنة ٣٠ العدد الثانى ص ٣٣٩) .

٢ - إذا أتفقت سيدة مع شخص على أن تبيعه عقارا مملوكا لها بيعا صوريا وأن تأخذ منه ورقة ضد تثبت الصورية ولما صدر عنها عقد البيع سلمها ورقة ضد وعليها توقيع توهمت أنه توقيعه فى حين أنه لم يكن هو الذى وقع بإمضائه على هذه الورقة غشا منه لها بل إن الذى وقع عليها شخص آخر غيره ، ولما تبين لها ذلك رفعت عليه الدعوى طالبة ثبوت ملكيتها للعقار موضوع التعاقد دون أن تطلب أولا فسخ العقد ، فقضت المحكمة بإحالة الدعوى للتحقيق لإثبات ونفى واقعة الغش المدعى بها ، وثبت لها منه أن توقيع المدعية على عقد البيع كان تحت تأثير هذا الغش المفسد لرضاها ، فحكمت المحكمة بالبطلان وثبوت الملكية ، فإن هذا الحكم يكون صحيحا ، ولا محل للقول بأن الغش قد وقع بعد تمام العقد والتعلل بشأن الوقت الذى سلمت فيه ورقة الضد ، إذ أن المحكمة قد اعتبرت العملية التى تمت بين طرفى الخصومة عملية واحدة إتصلت وقائعها بعضها ببعض ، وأن الغش قد وقع من مبدئها إلى نهايتها ، كما لا يغير أن المحكمة قد أمرت بتحقيق ما لايجوز إثباته إذ قضت به لإثبات وقائع الغش ، ولا خلاف فى أن هذه الوقائع مما يجوز إثباتها بالبينة وغيرها ، كما لا محل للقول أيضا ببطلان الحكم لقضائه بالملكية مع عدم طلب المدعية الحكم بفسخ العقد الظاهر منها لأن قضاء

المحكمة ببطلان ذلك العقد على تدليس يستلزم القضاء بالملكية لمن دلس عليها .

(نقض ١ / ١١ / ١٩٣٧ - الفهرس العشرى للمجموعة الرسمية - بند ٦٣٨) .

المبحث الثالث

اختلاف الصورية عن صور أخرى

١ - تختلف الصورية عن التحفظ الذهنى ، فى ان الأولى نتيجة تدبير اتفاق بين طرفين ، أما التحفظ الذهنى ففيه يستقل احد الطرفين - دون ان يتفق فى ذلك مع آخر - باظهار ارادة وابطان إرادة اخرى تختلف عن الأولى ، فارادته الظاهرة غير جدية اذ تحفظ ذهنيا بارادة باطنة تختلف عنها .

فالتحفظ الذهنى نوع من الصورية فى الإرادة الظاهرة ، ولكنها صورية غير متفق عليها بين المتعاقدين .

٢ - تختلف الصورية عن التزوير ، لان كلا من المتعاقدين عالم بالصورية ، ومتواطىء عليها مع الآخر ، فلا يجوز اذن الطعن فى العقد الرسمى أو العرفى بالتزوير بسبب صوريته .

٣ - لاصورية فى عقد ظاهر نوه فيه بالعقد المستتر ، كما فى البيع على التقرير بالشراء عن الغير ، لان شرط الصورية ان يكون هناك عقد مستتر لايشار إليه فى العقد الظاهر بل يبقى سرا بين الطرفين . ولذلك يصعب تحقق الصورية اذا كان العمل المستتر من شأنه الا يكون نافذا فى حق الغير الا بطريقة من طرق الشهر ، كتسجيل أو قيد أو اعلان ، اذ فى هذه الحالة يفقد العمل المستتر سريته فلا تتوافر شروط الصورية .

٤ - لاصورية فى عقد جدى تم بين المتعاقدين ثم بدا لهما بعد ذلك ان يدخلا فيه تعديلا ، فاذا اتفق الطرفان على عقد ايجار مثلا ، ثم عدلا العقد فيما يتعلق بالاجرة فخفضاها لم يكن هناك عقد صورى حقيقى ، بل هناك عقدان حقيقيان ، الاخير منهما يعدل الأول . ذلك لأن من شروط الصورية ضرورة ان يكون العقدان متعاصرين .

٥ - لاصورية فى عقد جدى يتم بين المتعاقدين ، حتى لو لم يكن

ذلك العقد الا وسيلة الوصول إلى غرض آخر ليس هو الغرض المباشر من العقد .

فاذا تصرف مدين فى ماله تصرفا جديا حتى يضيع على دائنيه فرصة التنفيذ عليه ، فتصرف المدين فى هذه الحالة تصرف جدى لاصورى ، ويطعن فيه بالدعوى البوليصية لابدعوى الصورية .

واذا حمل الزوج احد اقاربه - كأحد والديه - على ان يرفع عليه دعوى نفقه حتى ينتقص بذلك من مقدار النفقة التى يحكم بها للزوجة ، ففى هذه الحالة لاتكون - دعوى النفقة المرفوعة من غير الزوجة دعوى صورية بل هى دعوى حقيقية .

(الوسيط د . السنهورى - جـ ٢ ص ١٠٧٨)

احكام النقض :

١ - وحيث انه يبين من مطالعة الحكمين الاول والمطعون فيه . ومن الاطلاع على صور مذكرات الطاعنين فى الدرجتين ان الطاعنين لم يتمسكوا فيها بصورية عقد المطعون عليه المسجل اكتفاء منهم بالقول بابرامه بطريق التواطؤ بين عاقديه دون مابيان لماهية ذلك التواطؤ ومرماه فاكتفى الحكم الأول بأن قال عنه بدوره « إن ظاهر الأوراق آنه عمل خدمة لهذه الدعوى وليكون وسيلة لرجوع البائع الاصلى فى عقود البيع العرفية الصادرة إلى الطاعنين » .

وحيث ان الطعن على العقود بالصورية الذى يجب على محكمة الموضوع بحثه والبت فيه يجب ان يكون صريحا فى هذا المعنى ولايفيده مجرد الطعن بالتواطؤ ذلك لاختلاف الامرين مدلولا وحكما لان الصورية تعنى عدم قيام العقد اصلا فى نية عاقدية ، اما التواطؤ بين المتعاقدين فانه غير مانع بذاته من صورية العقد ومن رغبتهما احداث اثار قانونية له ، والطعن الذى تقدم به الطاعنون امام محكمة أول درجة انما كان طعنا بصدور العقد بطريق التواطؤ بين البائعين له والمطعون عليه رغبة من البائعين فى الرجوع فى البيع لهم ، وهو ما فهمته محكمة أول رجة . ولما كان الطاعنون لم يتمسكوا فى مرحلة الاستئناف بأكثر مما سبق أن رددوه فى هذا الصدد امام المحكمة الاولى فان النعى بعد ذلك على الحكم

المطعون فيه بالقصور عن الرد على صدور العقد عن تواطؤ بين المشترى - المطعون عليه - وبين البائعين له رغبة منهم فى الرجوع عن البيع لايتغير به وجه الرأى فى الدعوى اذ انه على فرض قيام التواطؤ فان الملكية قد انتقلت إلى المطعون عليه بتسجيل عقده متى كان من الثابت انه لم يمض على وضع يد الطاعنين على الأرض بمقتضى عقودهم العرفية من سنة ١٩٢٣ المدة الطويلة المكسبة للملكية عندما اشتراها المطعون عليه من نفس بائعيهم بعقده المسجل فى سنة ١٩٣٥ .

(نقض جلسة ٣٠/٤/١٩٥٨ - السنة ٩ ص ٣٣٠) .

٢ - وحيث ان هذا النعى مردود بما أورده الحكم المطعون فيه وأقام عليه قضاءه من « ان الطاعن الثانى كان يعلم تمام العلم بظروف استرداد الطاعنة الأولى ما يخصها من اطيان زوجها المنزوع ملكيتها والملابسات التى احاطت بعقد البيع الصادر اليها من مصلحة الاملاك وما اشترط فيه من عدم التصرف للغير فى شىء من الاطيان المبيعة اليها لغاية سداد الثمن وملحقاته وبأن المطعون عليها الأولى سددت عن الطاعنة الأولى مبلغ ثمانين جنيها قيمة الباقى على الاخيرة فى فوائد الثمن والتسجيل والذى من اجله التزمت بأن تنتقل للمطعون عليها الأولى نصف الثلاثة عشر فدانا التى اشترتها بعلم الطاعن الثانى كل ذلك باعتباره وكيل الطاعنة الأولى وقد استأجر هذه الارض منها وشهد تحرير عقدى البيع والتنازل سالفى الذكر ووقع عليهما . فإذا ماثبت ذلك وثبت ان الطاعنة الأولى طعنت على عقد التنازل الصادر منها للمطعون عليها الأولى ابتدائيا واستئنافيا ورغم ذلك فقد قضى نهائيا بصحة توقيعها عليه وبتعيين حارس قضائى على القدر الذى تنازلت عنه للمطعون عليها الأولى ثم حررت للطاعن الثانى عقدا فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٤ يتضمن بيعها له جميع الاطيان مقابل ثمن مقداره ثلاثمائه جنيه فى حين انها إشترتها من مصلحة الاملاك بثمن مقداره ١٦٧٥ جنيها و ٣٠ مليما تكون الادلة قد توافرت على صورية هذا العقد الاخير وعلى انه حرر بطريق (التواطؤ) بين عاقديه بقصد حرمان المطعون عليها الأولى فى تنفيذ الحكم الصادر لها وليس أدل على ذلك من سلسلة المنازعات التى قامت بين هذه الاخيرة وبين الطاعنة الأولى وعلم بها الطاعن الثانى لان الأرض كانت تحت يده

بالايجار وفى عدم تناسب الثمن الوارد بالعقد مع قيمة الصفقة التى يعلم الطاعن الثانى بحقيقة ثمنها لانه عاصر بيعها للطاعنة الأولى ويعلم انها تنازلت عن نصفها لاختها المطعون عليها الأولى .

ولما كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من الوقائع والادلة والقرائن التى ساقها ان العقد موضوع الدعوى صورى حرر بين عاقدية بطريق التواطؤ بقصد حرمان المطعون عليها الأولى وكانت تلك القرائن والادلة تؤدى عقلا إلى ما انتهى اليه فان النعى على الحكم فى هذا الخصوص يكون على غير اساس . أما مانعاه الطاعنان على الحكم من تناقض مرده ماقالاه من ان الحكم أورد ان الطاعن الثانى دفع إلى الطاعنة الأولى مبلغ ٣٠٠٠ جنيع وتعهد بدفع كل ما هو مستحق من ثمن لمصلحة الاملاك فناقض بذلك ماورد به من عدم تناسب الثمن الوارد بالعقد مع القيمة الحقيقية للعقار المبيع فمردود بأن الحكم أورد فى اسبابه ان الثمن الذى ذكره الطاعنان فى عقدهما لايتناسب مع قيمة العقار ولم يورد الحكم فى تقريراته ان الطاعن الثانى دفع إلى الطاعنة الأولى ذلك الثمن المسمى فى العقد .

وحيث ان السبب الثانى يتحصل فى أن الحكم المطعون فيه اخطأ فى القانون اذ قرر أن صحة التوقيع الصادر للمطعون عليها الأولى من شأنه ان ينقل اليها الملكية ذلك ان احكام صحة التوقيع ليس من شأنها نقل الملكية ولا أثر لشهرها فى خصوص الملكية بل تقتصر حجيتها على ما قضت به من صحة التوقيع .

وحيث ان هذا النعى مردود بأن الحكم المطعون فيه لم يقرر لحكم صحة التوقيع الصادر لمصلحة المطعون عليها الأولى اثرا فى نقل الملكية بل ان الحكم بعد ان خلص إلى صورية العقد المحرر بين الطاعنتين عقب على ذلك بأن هذا العقد صورى وقد زال اثره فان الطريق ينفسح امام العقد الصادر للمطعون عليها الأولى والمحكوم بصحة التوقيع عليه للقيام بالاجراءات المؤدية إلى نقل الملكية وهذا الذى قرره الحكم لايشوبه خطأ فى القانون .

(نقض ٢٥ / ١٢ / ١٩٥٨ السنة التاسعة ص ٨٠٨)

٣ - وحيث ان هذا النعى مردود بأنه بالرجوع إلى الحكم المطعون

فيه يبين انه اقام قضاءه فى هذا الخصوص على قوله « ان عقد البيع ومحضر الصلح قد صدرا من المورثة غير مشوبين بعيب فلم يكونا وصية لعدم ثبوت اتجاه قصد المورثة - المتصرفة - إلى التبرع واضافة التمليك إلى مابعد موتها - ولايغير من هذا النظر استمرار وضع يد المورثة على الاطيان المبيعة حتى وفاتها اخذا بما جاء باندار رئيس الجمعية التعاونية الزراعية للمستأنف ردا على انذارها بأن عقود الايجار المودعة بالجمعية هى لصالح المورثة حتى وفاتها يوم ٩ / ٥ / ١٩٦٣ لان مفاد نص المادة ٩١٧ من القانون المدنى ان القرينة القانونية المنصوص عليها فيها لاتقوم الا باجتماع شرطين الأول هو احتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها والثانى احتفاظه بحقه فى الانتفاع بهذه العين على ان يكون الاحتفاظ بالامرين مدى الحياة ولا يكفى لقيام هذه القرينة ان ينتفع المتصرف بالعين انتفاعا فعليا - كما هو الشأن فى الدعوى الحالية - حتى وفاته دون ان يكون مستندا فى هذا الانتفاع إلى مركز قانونى يخوله حقا فى هذا الانتفاع . وهذا الذى قرره الحكم لامخالفة فيه للقانون . ذلك انه - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - إن كان وضع يد المشترى على العين المبيعة يصح اعتباره قرينة على انجاز التصرف ، فانه ليس شرطا لازما فيه . اذ قد يكون التصرف منجزا مع استمرار حيازة البائع للعين المبيعة لسبب من الاسباب التى لاتنافى انجاز التصرف . اما نعى الطاعن على الحكم المطعون فيه انه لم يهىء له الفرصة لاثبات ان التصرف مشوب بالغش . والتدليس بكافة طرق الاثبات بما فيها البينة باعتباره من الغير بالنسبة للتصرف المذكور فمردود بأن يبين من الحكم - المطعون فيه - على ماسلف بيانه عند الرد على السبب الأول - انه نفى عن العقد ومحضر الصلح الصورية والغش والتدليس بقوله انها طعون غير مقبولة ، فالصورية منتفية لأن عقد البيع جدى ، كما تدل ظروف التعاقد واصرار المورثة على نفاذ البيع وتوكيلها محام لاقرار الصلح الذى تضمن اركان عقد البيع وتنجيزه وقبض الثمن وانه لم يثبت ان هناك غشا أو تدليسا أو مخالفة لنظام الارث . اذا كان ذلك وكان تقدير ادلة الصورية مما يستقل به قاضى الموضوع . كما ان له سلطة تامة فى استخلاص عناصر الغش من وقائع

الدعوى وتقدير مايثبت به هذا الغش ومالايثبت دون رقابة عليه من محكمة النقض فى ذلك مادامت الوقائع تسمح به . اذ كان ذلك وكانت محكمة الموضوع قد رأت فى أوراق الدعوى وظروفها وملابساتها مايكفى لنفى الصورية والغش والتدليس المدعى بها . فانها ليست فى حاجة بعد ذلك لسماع شهود الاثبات ونفى هذه الطعون ويكون النعى فى هذا الخصوص فى غير محله .

وحيث انه لما تقدم يتعين رفض الطعن .

(نقض جلسة ٣١ / ١٢ / ١٩٧٠ - السنة ٢١ ص ١٣٢٨) .

٤ - وحيث ان هذا النعى مردود ذلك انه لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان الاتفاق الذى ينطوى على التصرف فى حق الأرث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه اياه ويؤدى إلى المساس بحق الأرث فى كون الانسان وارثا أم غير وارث ، وكونه يستقل بالارث أم يشاركة فيه غيره هو اتفاق مخالف للنظام العام اذ يعد تحايلا على قواعد الميراث فيقع باطلا بطلانا مطلقا لاتلحقه الاجازة ويباح اثباته بكافة الطرق ولو كان الوارث طرفا فى الاتفاق . وكانت اجازة الوارث للتصرف الصادر من مورثه لايعتد بها إلا اذا حصلت بعد وفاة المورث . ذلك لان صفة الوارث التى تخوله حقا فى التركة لاتثبت له الا بهذه الوفاة لما كان ذلك . وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فان النعى عليه بهذا السبب يكون على غير اساس . وحيث انه لما تقدم يتعين رفض الطعن .

(نقض ١٨ / ١١ / ١٩٧٥ - السنة ٢٦ ص ١٣٩٤)

٥ - الصورية انما تعنى عدم قيام العقد اصلا فى نية عاقديه ، اما التواطؤ فانه غير مانع من جدية التعاقد ومن قيام الرغبة فى احداث اثارة القانونية .

(نقض ٨ / ٥ / ١٩٨٤ طعن رقم ١٣٠٥ لسنة ٥٠ قضائية) .

٦ - الطعن بالصورية الذى يجب على القاضى بحثه والبت فيه يلزم - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - ان يكون صريحا فى هذا المعنى . ولايفيده مجرد الطعن بالتواطؤ أو الاحتيال لاختلاف الامرين مدلولا وحكما . لان الصورية تعنى عدم قيام المحرر اصلا فى نية

عاقدية ، اما التواطؤ فانه غير مانع من جدية التعاقد ومن قيام الرغبة فى احداث اثار قانونية له .

(نقض ١٧ / ١ / ١٩٨٥ - طعن رقم ٩٠٧ لسنة ٥١ قضائية)

(نقض ٤٥ / ٥ / ١٩٧٧ سنة ٢٨ ص ١١٣٥)

٧ - مفاد المادة ٢٣٨ من القانون المدنى ، وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة ان المشرع اشترط لعدم نفاذ التصرف بعوض ان يثبت الدائن التواطؤ بين المدين وبين المتصرف اليه على الاضرار بحقوق الدائن لان الغش من الجانبين هو من الاركان الواجب قيام دعوى عدم نفاذ التصرف عليها ويكفى لاعتبار الغش متوافرا ان يثبت علم كل من المدين والمتصرف اليه بإعسار المدين وقت صدور التصرف المطعون فيه ، وتقدير الدليل على التواطؤ والعلم باعسار المدين هو من المسائل الموضوعية التى تدخل فى سلطة محكمة الموضوع وحسبها ان تقيم قضاءها على اسباب سائغة تكفى لحمله .

(نقض ١٣ / ٣ / ١٩٨٥ - طعن رقم ١١٨٦ لسنة ٥٠ قضائية .

الفصل الرابع

التصرفات الجائز الطعن فيها بالصورية

١ - العقود العرفية :

يجوز الطعن بالصورية فى العقود العرفية ماعدا ما استثناه القانون منها باعتباره تصرفا جديا لاسبيل للطعن فيه بالصورية ، وهى عقود وتصرفات اقتضت المصلحة العامة ان يفترضها القانون جدية ، فلا يصح فيها الطعن بالصورية .

٢ - العقود الرسمية :

يجوز الطعن بالصورية فى العقود الرسمية فيما اثبته الموثق فى الورقة الرسمية كلما كان الطعن منصبا على اقرارات العاقدين امام موثق العقود ، دون حاجة إلى الطعن بالتزوير ، لان العقد لايكون له صفة الرسمية إلا فيما يثبته الموثق من الوقائع التى تحصل امامه فاذا اقر أمامه البائع بالبيع ، والمشترى بالشراء ، وإعترف الأول بقبض الثمن ، فليس مايمنع من اثبات صورية كل ذلك بالطرق التى قررها القانون لاثبات الصورية .

أما البيانات التى يثبتها الموثق فى العقد والتى حصلت امامه فلا يجوز الطعن عليها بالصورية إلا بطريق الطعن بالتزوير ، فاذا اثبت على لسان المشترى انه يشترى لحساب غيره فلا يجوز الطعن على هذه البيانات بالصورية الابطريق الطعن بالتزوير وكذلك اذا اثبت الموثق ان المشترى سلم البائع الثمن امامه فلايجوز اثبات عدم صحة هذه الواقعة الا بالطعن بالتزوير غير انه يجوز للغير ان يثبت ان هذا الذى حصل امام الموثق واثبته كان تصرفا صوريا .

ولكن اذا كان هناك اتفاق على فوائد فاحشة ولم تثبت فى العقد ، أو

استرد الدائن بعد العقد قيمة الفرق بين الفوائد القانونية والفوائد المتفق عليها ، فهاتان الواقعتان لاعلاقة لهما بالعقد الرسمى ، ومن ثم فليس مايمنع من اثبات صورية العقد الرسمى بكافة طرق ألاثبات فى هذه الحالة ، حتى بالنسبة للوقائع التى تمت على يد الموثق .

٣ - الاحكام النهائية :

كما يكون العقد صوريا قد تكون الدعوى صورية ، وقد يراد بالدعوى الصورية تأييد حق احد العاقدين على الآخر ، وقد يراد بها تأييد حقهما أو حق احدهما على الغير كما فى العقود .

ومثالها : ان يتفق احد الاشخاص مع اخر على ان يقرضه مبلغا بفوائد فاحشة ولكنه يخشى طعن المدين عند مطالبته بالدين امام القضاء ، فيتفق الدائن مع المدين على ان يحرر له السند بالدين فيرفع به الدعوى عليه ، ويحكم فيها نهائيا ، وحينئذ يدفع الدائن لمدينة المبلغ المتفق عليه .

فاذا كانت الخصومة صورية متفق عليها من قبل لزيادة ضمان الدائن ، وكان المدعى عليه مقيدا فيها باعتراف بالدين ويترك حقه فى الطعن فى الحكم الذى يصدر فيها فلا يمكن ان يكون للحكم فيها قيمة تزيد على قيمة العقود الرسمية . فالاحكام الواجبة الاحترام ، التى لها قوة الشىء المحكوم فيه ، هى الاحكام التى تصدر فى خصومة جدية .

فالصورية فى المثال المتقدم واقعة بين العاقدين ، اى الخصمين فى الدعوى ، - باتفاقهما واضرارا باحدهما وهو المدين المدعى عليه .

وقد تقع هذه الصورية بين الخصمين اضرارا بالغير وفى غالب الاحيان اضرارا بدائنى احد العاقدين أو بمن تلقى الحصة عن احدهما .

ولكن ليس لهذه الصورة الشأن الذى لهما فى الحالة السابقة ، لان الحكم الصادر فى الدعوى الصورية ليس حجة على الغير ، ومن السهل الطعن عليه منه .

ويصح ايضاً ان تكون الصورية فى حكم مرسى المزاد ، اذ لا تتعدى مهمة القاضى فيها مجرد استيفاء الاجراءات الشكلية ثم ايقاع البيع لمن

يظهر ان المزاد قد رسا عليه .

غير أنه استثناءمما تقدم لايجوز الطعن بصورية الحكم بثبوت النسب بناء على الاقرار به على النجو الموضح فى الفصل الخامس عشر .

أحكام النقض :

١ - وحيث ان هذا النعى مردود فى جميع وجوهه بان الثابت من الاوراق ان المطعون عليها الاولى تمسكت فى دفاعها امام محكمة الموضوع بصورية دين النفقة . وما اتخذ بشأنه من اجراءات فى الدعوى رقم ... ... بيوع طنطا الابتدائية صورية مدارها التواطؤ بين الطاعنة والمطعون عليه الثانى وغايتها رسو المزاد على الطاعنة ولما كانت الصورية كما ترد على العقود ترد على الاحكام وبخاصة احكام رسو المزاد التى لا تتعدى مهمة القاضى فيها مجرد مراقبة استيفاء الاجراءات الشكلية ثم ايقاع البيع لمن يظهر آن المزاد رسا عليه وكان لمحكمة الموضوع ان تستقل وحدها بتصوير وقائع النزاع دور معقب مادام تصويرها يستند الى ماهو ثابت من أوراق الدعوى وملابستها فان الحكم المطعون فيه إذ اقام قضاءه على ما خلص اليه من صورية دين النفقة واجراءات التنفيذ به التى انتهت الى ايقاع البيع على الطاعنة صورية قوامها تواطؤ الطاعنة مع المطعون عليه الثانى بقصد الاضرار بالمطعون عليها الاولى ، فانه يكون قد كشف عن بيان الصورية التى اقتنعت بها محكمة الموضوع ، ولا يكون قد خالف القانون إذا أعمل الاثر القانونى المترتب على هذه الصورية وهو اهدار حكم مرسى المزاد والقضاء للمطعون عليها الاولى بصحة ونفاذ العقد . (نقض جلسة ١٧ / ١ / ١٩٧٨ السنة ٢٩ ص ٣١٨) .

٢ - وحيث ان هذا النعى فى محله ، ذلك لانه وان كان ضم دعويين تختلفان سببا وموضوعا تسهيلا للاجراءات لايترتب عليه ادماج احداهما فى الأخرى بحيث تفقد كل منهما استقلالها الا ان الامر يختلف اذا كان موضوع الطلب فى احدى القضيتين المضمومتين هو بذاته موضوع الطلب فى القضية الاخرى . اذ كان ذلك وكان الثابت من

الأوراق ان المطعون عليها الاولى اقامت الدعوى رقم ٣٨٨٢ لسنة ١٩٧٠ مدنى كلى الفيوم ضد الطاعن وباقى المطعون عليهم واخرين بطلب عدم نفاذ عقد البيع المؤرخ ١٠ / ٧ / ١٩٥٦ الصادر لصالح الطاعن واخرين والمسجل فى ٨ / ٤ / ١٩٧٠ فى حقها استنادا إلى ان العقار موضوع هذا العقد قد رسا مزاده عليها بحكم نهائى وكانت الدعوى المذكورة لاتعدو ان تكون دفاعا فى الدعوى ١٦ سنة ٩٦٩ مدنى كلى الفيوم التى اقامها الطاعن وآخر ضد المطعون عليهم بعد ان تدخلت فيها المطعون عليها الأولى وهى الدعوى بتثبيت ملكية العقار موضوع الدعوى وكانت محكمة اول درجة قد قررت ضم الدعويين مما ينبنى عليه ان تندمج دعوى عدم نفاذ عقد البيع المؤرخ فى ١٠ /٧ /١٩٥٦ فى دعوى تثبيت الملكية وينتفى معه القول باستقلال كل منهما عن الأخرى ، فان استئناف الحكم الصادر فى إحداهما يكون شاملا الحكم الصادر فى الدعوى الاخرى . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وذهب إلى ان الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٣٨٢ لسنة ١٩٧٠ مدنى كلى الفيوم قد اصبح انتهائيا حائزا لقوة الشىء المقضى بعدم استئناف الطاعنة له ، مما ادى به إلى حجب نفسه عن التصدى لدفاع الطاعن بصورية اجراءات نزع الملكية ، واختلاف العقار موضوع عقد البيع عن العقار موضوع حكم مرسى المزاد ، وكان هذا الدفاع جوهريا مما يتغير به وجه الرأى فى الدعوى اذ ان الصورية – وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة – كما ترد على العقود ترد على الاحكام وبخاصة أحكام رسو المزاد التى لاتتعدى مهمة القاضى فيها مجرد مراقبة استيفاء الاجراءات الشكلية ثم ايقاع البيع لمن يظهر ان المزاد رسا عليه ، فان الحكم المطعون فيه يكون اخطأ فى تطبيق القانون وشابه قصور بما يستوجب نقضه .

(نقض ٦ /١١ / ١٩٨٠ سنة ٣١ جـ ٢ ص ١٨٩٩)

الفصل الخامس

« احكام الصورية »

ليست الصورية – بداتها – سببا للبطلان . فلافراد ان يخفوا تصرفاتهم كما يشاءون ، ولايكون هذا الاخفاء وحده ذا أثر على قيام التصرف أو على صحته .

ولكن مالايجوز للافراد عمله ظاهرا لايجوز لهم فعله خفيا ، فلا تصحح الصورية تصرفا باطلا لمخالفته للقانون أو لتعارضه مع النظام العام أو مساسه بالآداب .

على ان احكام الصورية تختلف فى العلاقة بين العاقدين عنها بالنسبة للغير .

المبحث الأول

احكام الصورية فى العلاقة بين العاقدين

« اذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى لانه وحده الذى اراده العاقدان . ويكون هو وحده الذى له بين طرفيه وجود قانونى ، اعمالا لمبدأ سلطان الارادة .

اما العقد الظاهر فلم يقصد به الا انشاء مظهر لعقد قصدا ألا يرتبا عليه آثارا قانونية .

فاذا كان العقد الصورى بيعا ، لايرتب اثرا مابين طرفيه والخلف العام لكل منهما فلا تنتقل الملكية بمقتضاه للمشترى ، ولا لخلفه العام بعد وفاته ، بل تظل باقية للبائع فتنتقل منه ، وفقا لقواعد الميراث ، إلى خلفه العام .

وإذا كان البيع الصورى يخفى هبة ، اخذ طرفاه ، والخلف العام لكل منهما بأحكام الهبة لا بآثار البيع .

ويجب لاعمال العقد الحقيقى - على هذا الوجه - ان يكون مستجمعا لاركانه وأن تتوافر فيه شرائط صحته ، وعلى العاقد أو الخلف العام الذى يدعى صورية العقد الظاهر ان يقيم الدليل على مايدعيه . والا اعتبر العقد جديا .

ومن المقرر ان المتعاقدين فى العقد الصورى يتقيدان بالقواعد العامة فى الاثبات ، فاذا كان العقد الظاهر ثابتا بالكتابة فلا يجوز اثبات الصوبة فيما بين المتعاقدين إلا بالكتابة حتى ولو كانت قيمة العقد لاتزيد عن عشرين جنيها . وإذا كان التصرف المستتر تزيد قيمته على عشرين جنيها امتنع اثباته إلا بالكتابة .

ويتعين مراعاة ان ما يجب اثباته بالكتابة يجوز اثباته بمبدأ ثبوت الكتابة عملا بالمادة ٦٢ من قانون الاثبات . وكذلك فانه يجوز اثبات الصورية بشهادة الشهود بين المتعاقدين اذا كان هناك مانع ادبى او

مادى حال دون الحصول على الكتابة .

ويتعين مراعاة أن اليمين والاقرار يعفيان من الاثبات ، فاذا اقر أحد المتعاقدين بالعقد الصورى ، أو المستتر عد هذا دليلا كافيا فى الاثبات كذلك اذا وجه أحد الطرفين اليمين الحاسمة لاحد العاقدين على وجود احدهما وحلفها الموجهة اليه كان هذا دليلا كافيا على قيام العقد .

غير أنه يشترط لاعمال قاعدة عدم جواز اثبات الصورية بين المتعاقدين ألا بالكتابة ألا يكون هناك احتيال على القانون ، فاذا تواطأ المتعاقدان على مخالفة قاعدة قانونية تعتبر من النظام العام واخفاء هذه المخالفة تحت ستار تصرف مشروع ، كما لو كان سبب الدين قمارا ، ويكتب المتعاقدان أنه قرض ، فيجوز للمدين فى هذه الحالة وهو أحد المتعاقدين أن يثبت مايخالف المكتوب بالشهود والقرائن ليدلل أن السبب الحقيقى هو القمار لا القرض .

وكما اذا كان سبب الدين هو فرق اجرة تزيد على الاجرة المحددة قانونا لأرض زراعية أو مبان وذكر فى المحرر أن سببه القرض ، ففى هذه الحالة يجوز للمستاجر أن يثبت عكس السبب الثابت بالمحرر وذلك بالبينة والقرائن .

غير أنه يجب أن يعزز الادعاء بوجود تحايل على القانون قيام قرائن قوية تجعل وقوعه محتملا حتى يمكن الترخيص بعد ذلك فى اثبات هذا التحايل بالبينة والقرائن ، فبمجرد الادعاء بوجود ربا فاحش لا يكفى لقبول الاثبات بالبينة بل لابد أن تكون ثمة قرائن قوية على وجوده .

(التعليق على قانون الاثبات للمستشار عز الدين الدناصورى والاستاذ / حامد عكاز - ط ٣ - ص ٢٥٢) .

أحكام النقض :

وحيث أن هذين السببين مردودان بأنه بحسب الحكم المطعون فيه أن يكون قد أقيم على أنه ثابت أن مورث الطاعنين باع للست عز الاطيان المطالب بملكيتها بمقضى عقد بيع مسجل فى ١٥ من يناير سنة ١٩٣٩ وأن المشترية باعت هذه الاطيان للست أم رمضان بمقتضى عقد بيع مسجل فى ٣ / ٨ / ١٩٤٧ وذلك كى يقضى بتثبيت ملكية الست أم

رمضان للمقدار المبيع دون أن يحفل بالادعاء بصورية العقد الصادر من المورث للست عز ، أو يعنى بالتحقق من هذه الصورية ، أو يمكن الطاعنين من اثباتها بكافة الطرق ، ودون أن يقيم وزنا للادعاء بتقايل الست عز بورقة غير مسجلة - متى كانت المحكمة قد حصلت فى حدود سلطتها الموضوعية ، تحصيلا لم ينفه الطاعنان أنهما لم يثبتا سوء نية الست أم رمضان ، أى لم يثبتا أنها اشترت من الست عز وهى تعلم أن عقد شراء هذه الاخيرة صورى ، ذلك أنه للغير الحسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان هذا فى مصلحته ، ولا يجوز أن يحاج بما يضره من عقد مستتر ، كما لايجوز أن يحاج بورقة غير مسجلة تفيد التقايل ، على أن الحكم المطعون فيه وإن كان قد تزيد فى تفنيد مزاعم الطاعنين ، ألا أن هذا التزيد لا يعيبه وليس فيه مايعاب عليه ، فقد قرر الحكم « أن العقد الصادر من مورث الطاعنين للست عز وقد ثبت بالكتابة لايجوز اثبات صوريته إلا بالكتابة ، وأنه لامحل لاحالة الدعوى على التحقيق لاثبات الصورية استنادا إلى أن المشترية كانت وقت البيع زوجة للبائع ، ذلك لان « ملابسات النزاع والمستندات المقدمة من المورث وللست عز وما يستخلص من أقوال الشهود فى دعويى التزوير المضمومتين تنادى جميعا بانتفاء الثقة بينهما وقيام الغدر ، الامر الذى يزيده وضوحا ، ذلك الاقرار المؤرخ فى ٢١ من فبراير سنة ١٩٤٢ المقضى بردهً وبطلانه والذى كان يستند إليه المورث فى إثبات اعتراف الست عز بصورية العقد موضوع الطعن والاقرار الثانى المؤرخ فى ١٥ من مارس سنة ١٩٤٤ . وأنه متى تقرر هذا يتبين أن المانع الادبى كان منتفيا وجوده بين الطرفين » وهذا الذى قرره الحكم صحيح فى القانون وما قرره فى شأن انتفاء المانع الأدبى هو تقدير موضوعى سائغ .

وحيث أنه لذلك يكون الطعن على غير اساس، ويتعين رفضه .

(نقض فى ٢٠ / ١٢ / ١٩٥٣ - السنة ٥ ص ٣١٤) .

وحيث أن هذا السبب غير مقبول لأنه يقوم على واقع لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع ، ذلك أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يبين أن الطاعن قد طلب احالة الدعوى إلى التحقيق لاثبات ما يخالف العقد المكتوب بغير الكتابة استنادا إلى وجود مانع ادبى حال بينه وبين

الحصول على ورقة ضد من المطعون عليها ولم يستند فى ذلك إلى التحايل على القانون أو قيام الصورية التدليسية ورفض الحكم المطعون فيه احالة الدعوى إلى التحقيق لعدم وجود المانع ، ومن ثم فان تمسك الطاعن بهذا الدفاع يعتبر سببا جديدا لايجوز ابداوءه لاول مرة امام محكمة النقض .

(نقض جلسة ٣٠ / ٣ / ١٩٧٢ - السنة ٢٣ ص ٥٨٩) .

المبحث الثانى

أحكام الصورية بالنسبة للخلف العام

يخضع الخلف العام فى شأن اثبات الصورية لنفس القواعد التى تسرى فى شأن سلفة المتعاقد .

غير أن التحايل على القانون قد يكون موجهًا ضد مصلحة الخلف باعتباره وارثا . وفى هذه الحالة يجوز له اثبات الصورية بكافة طرق الاثبات . لأنه يستمد حقه من القانون مباشرة فيصبح من الغير بالنسبة للعقد .

وعلى ذلك فإذا افرغت وصية فى صورة بيع ، فلا يقبل من أحد المتعاقدين إثبات صورية العقد الظاهر إلا بالكتابة .

أما الوارث فيجوز له اثبات صورية البيع وحقيقة التصرف بكافة طرق الاثبات ، وكذلك لايحتج على الوارث الذى يدعى صدور التصرف من المورث فى مرض الموت بالتاريخ العرفى للسند . بل له اثبات صدور التصرف فى مرض الموت بجميع طرق الاثبات .

غير أن الوارث لايجوز له اثبات الصورية فى الحالتين السابقتين الا بعد وفاة مورثه اذ يصبح وارثا له مصلحة فى الطعن .

المبحث الثالث

أحكام الصورية بالنسبة للغير

اولا : من هو الغير ؟ :

يقوم تحديد الغير ، فى الصورية ، على استقرار المعاملات القانونية ووجوب حماية الذين اعتمدوا ، بحسن نية على تصرف - وإن كان كاذبا كله أو فى جزء منه - يجمع مظاهر تصرف صحيح ، وجروا فى تعاملهم على اساسه .

وقد نصت المادة ١/٢٤٤ مدنى على مايأتى : -

« اذا ابرم عقد صورى ، فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص ، متى كانو حسنى النية ، آن يتمسكوا بالعقد الصورى ، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد .

وقد ذهب رأى فى الفقه إلى أن الغير فى معنى الصورية يقتصر على الخلف الخاص والدائنين فقط . ومن ثم لا يعتبر الشفيع أو المدين المحال عليه من طبقة الغير .

(الوسيط د . السنهورى ج ٢ بند ٦٢١ ، د . جمال الدين زكى بند ٤١٩) .

آلا أن الرآى الراجح فقها وقضاء يذهب إلى انه يقصد بالغير فى الصورية فضلا عن الخلف الخاص والدائنين الذين خصهما النص بالذكر كل من لم يكن طرفا فى العقد أو خلفا عاما لاحد طرفيه .

(د . اسماعيل غانم بند ٩٠ ، د . سليمان مرقص بند ٦٩٨ . الاستاذ / كمال عبد العزيز ص ٨٨٧ ، د . انور سلطان ص ١٧١) .

وقد اخذت محكمة النقض بهذا الرآى . على ذلك فان الغير فى الصورية هم : -

١ - دائنو العاقدين .

٢ - الخلف الخاص لكل منهم .

٣ - كل من لم يكن طرفا فى العقد أو خلفا عاما لاحد طرفيه .

أولا : الدائنون العاديون :

ففى البيع الصورى ، مثلا ، يعتبر دائن المشترى وكذلك دائن البائع من الغير ، سواء نشأ له فى حق ذمة المشترى أو البائع قبل ابرام العقد الصورى أو بعد ابرامه .

ثانيا : الخلف الخاص :

فكل من تلقى حقا عينيا من أحد العاقدين على الشىء موضوع العقد يعتبر من الغير بالنسبة لهذا العقد ، سواء تلقى حقه قبل أو بعد ابرامه .

ومثال ذلك : لو باع شخص دارا ، بيعا صوريا ، فكل من كسب حقا عينا على هذه الدار قبل التصرف الصورى أو بعده ، من البائع أو المشترى ، يعتبر من الغير فى البيع الصورى الذى تم .

ثالثا : كل من لم يكن طرفا فى العقد أو خلفا عاما لاحد طرفيه وكانت له مصلحة فى الطعن على العقد :

وبالرغم من ان المادة ٢٤٤ مدنى لم تذكر إلا الدائن الشخصى أو الخلف الخاص للمتعاقد إلا أن الصورية فى العقود يصح التمسك بها لكل ذى مصلحة ولو لم تكن بينه وبين العاقدين رابطة عقدية (الدكتور انور سلطان فى احكام الالتزام ص ٧١) .

وينبنى على ذلك :

١ - ان الشفيع يعتبر من الغير ، ولذا يجوز له ان يأخذ العقار المبيع بالشفعة مقابل الثمن الوارد فى العقد ولو كان ثمنا صوريا يقل عن الثمن الحقيقى .

كما ان له ان يشفع فى البيع الصورى ولو كان فى حقيقته هبة مستترة .

٢ - كذلك يعتبر المدين من الغير وفقا لهذا الرأى . بالنسبة للحوالة الصورية الصادرة من الدائن ، ولذا يكون له ، اذا كان الدين متنازعا فيه ، ان يتخلص منه بدفع الثمن والمصروفات .

٣ - يجوز لمشترى العقار الطعن بالصورية على العقد الصادر ببيع العقار ذاته من نفس البائع إلى مشتر آخر او من بائع آخر إلى آخر .

٤ - الدائن الشخصى للمتصرف يعتبر من الغير فى الصورية .

ولايعتبر من الغير من اكتسب حقه من العقد الصورى ، كما هو الشأن فى المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير . فيجوز للمتعهد التمسك قبله بصورية عقد الاشتراط ولو كان حسن النية .

(الوسيط د . السنهورى جـ ٢ بند ٦٢٠ وما بعده - د . سليمان مرقص بند ٦٩٨) .

للغير التمسك بالعقد المستتر :

الاصل ان العقد المستتر ، بحسبانة العقد الذى له وجود قانونى ، يسرى على الغير ، حتى لو كان يجهل وجوده عند قيام حقه ، واعتقد فى جدية العقد الظاهر .

ويترتب على ذلك ان لدائنى البائع اذا كان البيع صوريا ، ان يتمسكوا بالعقد المستتر حتى يتمكنوا من التنفيذ على العين المبيعة على اساس انها لم تخرج عن ملك البائع ، ولهم ايضا ان يتمكسوا بأن البيع حقيقته هبة مستترة حتى يسهل عليهم الطعن فيها بالدعوى البوليصية دون حاجة إلى اثبات الغش .

كذلك الخلف الخاص الذى كسب حقا من البائع على العين المبيعة صوريا ، له ان يتمسك بالعقد المستتر ومصلحته فى ذلك ظاهرة اذا كان قد كسب حقه بعد صدور البيع الصورى . وله مصلحة كذلك فى التمسك بالعقد المستتر حتى لو كسب حقه قبل صدور البيع الصورى ، اذا كان هذا الحق لم يشهر على الوجه الذى يوجبه القانون قبل تسجيل البيع الصورى . أو حتى اذا كان قد شهر ولكن الخلف الخاص يريد أن يتجنب اجراءات حق التتبع ، والا يتحمل حق التطهير ، وذلك اذا باع الراهن العين المرهونة بيعا صوريا . وكان الدائن المرتهن لم يقيد الرهن قبل تسجيل البيع الصورى فللدائن المرتهن ان يتمسك بالعقد المستتر ويطعن فى العقد الظاهر بالصورية .

وكما يبيع المالك العين مرة ثانية بيعا صوريا بعد ان يكون قد باعها بيعا جديا ويسجل المشترى الثانى عقده الصورى قبل ان يسجل

المشترى الاول عقده الجدى . فللمشترى الاول ان يتمسك بالعقد المستتر ويطعن فى العقد الظاهر بالصورية .
(د . السنهورى . بند ٦٢٢) .

للغير ان يتمسك أيضا بالعقد الظاهر :

للغير ان يتمسك بالعقد الظاهر متى كانت له مصلحة فى ذلك . ففى البيع الصورى يجوز لدائن المشترى ان يتمسك بالعقد الصورى . ليتمكن من التنفيذ بحقه على العين المبيعة ، ولو نشأ حقه قبل البيع الصورى .

كما يجوز للمشترى او للمرتهن للعين المبيعة منه ان يتمسك بالعقد الصورى لتخلص له الملكية أو يبقى له حقه ، إذا كان حسن النية ، (م ٢٤٤ /١) .

والعقد الصورى لا وجود له قانونا ، ولكن إذا اجيز للغير التمسك به ، فحماية للثقة المشروعة فى المعاملات ، لانه اعتمد عليه ورتب تعاملة على اساسه .

ولكن اذا كان اساس تملك الغير بالعقد الظاهر هو وجوب استقرار التعامل لزم ان يكون هذا الغير حسن النية وقت تعاملة . اى بجهل وجود العقد المستتر فى ذلك الوقت ، ويكفى ان يجهل هذه الصورية وقت تعاملة حتى لو علم بها بعد ذلك .

فإذا كان دائنا شخصيا للمشترى وكان التصرف الصورى سابقا على حقه وجب ان يكون وقت ان أصبح دائنا للمشترى قد اعتقد ان التصرف الصورى الذى سبق حقه انما هو تصرف جدى ، وقد إطمأن اليه على هذا الاعتبار وكذلك الحال لو انتقل اليه حق عينى من المشترى بعد صدور التصرف الصورى فيجب ان يكون معتقدا جدية التصرف الصورى وقت انتقال الحق العينى اليه .

(الوسيط للدكتور السنهورى بند ٦٢٣ - د . اسماعيل غانم احكام الالتزام ص ١٧٨)

وحسن النية مفترض ، وعلى من يدعى العكس اثبات مايدعيه فاذا ثبت علم الغير بالعقد المستتر وقت تعامله ، إنتفت الحكمة من حمايته ،

ولومن العقد المستتر – شأنه فى ذلك شأن المتعاقدين – ولو كان هذا العقد غير مسجل .

ولما كان العلم بالعقد المستتر واقعة مادية فانه يجوز اثباتها بكافة الطرق .

اثر شهر العقد المستتر على الغير :

اختلف فى اثر شهر العقد المستتر على مركز الغير ، أو بعبارة اخرى ، هل يجوز للغير ان يحتج بعدم علمه بالعقد المستتر بالرغم من شهره ؟

ذهب رأى من الفقه إلى ان العقد الحقيقى اذا اشهر لم يعد مستترا ولذا فلا يجوز أن يحتج الغير بجهله به ، وان الغير لايستطيع اثبات عدم علمه بالعقد المستتر المسجل .

(احكام الالتزام . د . اسماعيل غانم ص ١٧٨ ، د . أنور سلطان ص ١٧٤)

وذهب فريق آخر إلى ان قرينة العلم المستفاد من شهر العقد المستتر ليست بالقرينة القاطعة ، ولذا يجوز للغير ان يدفع دلالتها باثبات جهله بالعقد المستتر وقت تعامله بالرغم من شهره .

(الوسيط د . السنهورى ص ٦٢٣) .

وفى تقديرنا ان الرأى الأول هو الاجدر بالاتباع ، لان المقصود باجراءات الشهر هى قطع دابر المنازعات ، خاصة ماتعلق منها بمسائل حسن أو سوء النية .

أثر حضور الغير فى العقد الظاهر :

ثار البحث فيما يترتب على حضور الغير فى العقد الظاهر واثر هذا الحضور فيما له من حقوق .

لاجدال فى ان له ان يتمسك بالعقد الظاهر مادام يجهل صوريته ولكن الجدل ثار فيما اذا كان يجوز له ان يطعن بالصورية بوصفه من الغير .

فذهبت محكمة النقض إلى انه ليس هناك ما يمنع من حرر عقد البيع ووقع عليه بصفته شاهدا ان يطعن فيه بالصورية متى كان يستند فى طعنه إلى دليل كتابى ، ومؤدى ذلك انها رتبت على حضور الغير فى العقد

فى هذه الحالة ان اصبح فى مركز المتعاقدين فيما يتعلق باثبات الصورية ، غير انه مما هو جدير بالذكر ان محكمة النقض قد عنيت بأن تشير فى حكمها إلى ان هذا الغير الشاهد كان مشتركا مع المتعاقدين فى الصورية ، ولعل ذلك هو الذى دفعها إلى اشتراط الدليل الكتابى ، فقد كان فى استطاعته فى هذه الحالة ، رغم انه لم يكن طرفا فى العقد ان يحصل على كتابة تثبت صوريته ، أى أن استحالة الحصول على دليل كتابى ، وهى التى تبرر اباحة الاثبات بكل الطرق لم تتحقق فى حالته .

(احكام الالتزام د . اسماعيل غانم هامش ص ٢٤٠) .

تعارض مصالح الغير فى الطعن بالصورية :

قد تتعارض مصالح الغير ، ففى البيع الصورى مثلا ، من مصلحة دائنى البائع وخلفه الخاص اثبات الصورية والتمسك بالحقيقة ، ومن مصلحة دائنى المشترى وخلفه الخاص التمسك بالعقد الظاهر ، فاذا فرض على انه على أثر البيع الصورى باع المشترى العين إلى مشتر ثان حسن النيه ، فان المشترى استنادا إلى الشطر الأول من المادة ٢٤٤ / ١ سيتمسك بالبيع الظاهر حتى تنتقل اليه الملكية فى حين ان دائن البائع ، استنادا إلى الشطر الثانى من نفس المادة ، سيعمل على الكشف عن الصورية حتى يستطيع التنفيذ على العين المبيعة بوصفها لازالت على ملك مدينة ، فيتعين تفضيل أحدهما ، وقد عنى المشرع بحسم هذا التعارض . فنص فى المادة ٢٤٤ / ٢ على انه :

« اذا تعارضت مصالح ذوى الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك البعض الآخر بالعقد المستتر كانت الافضلية للاولين » .

أى انه فى المثل السابق يفضل المشترى الثانى حسن النية على دائن البائع ، فالمشرع بذلك يكون قد ضحى بالارادة الحقيقية وجعل العبرة بالارادة التى يمكن التعرف عليها ، وذلك فى سبيل استقرار التعامل .

(احكام الالتزام د . غانم ص ٢٤١) .

وترتيبا على ذلك فان دائن المشترى فى البيع الصورى يفضل على دائن البائع ، فيقوم هو دون دائن البائع بالتنفيذ على العين المبيعة صوريا ،

متمسكا بالعقد الظاهر اذ هو فى مصلحته . ويمتنع على دائن البائع ان ينفذ على هذه العين وان يتمسك بالعقد المستتر .

ويترتب على ذلك ايضا ان من كسب حقا عينيا من المشترى الظاهر يفضل على من كسب حقا عينيا من البائع الظاهر .

فلو ان البائع بعد ان صدر منه البيع الصورى باع مرة اخرى بيعا جديا لمشتر آخر وسجل هذا المشترى عقده ، ثم باع المشترى الظاهر بعد ذلك العقار بيعا جديا لمشتر ثان ، فان المشترى من المشترى يفضل على المشترى من البائع بالرغم من ان هذا الاخير قد سجل اولا ، لان كل منهما لايعتبر من الغير بالنسبة إلى التسجيل حتى يفضل السابق اليه ، اذ هما لم يتلقيا الحق من شخص واحد ، وانما نحن بصدد تنازع مابين الاغيار بالنسبة إلى الصورية لابالنسبة إلى التسجيل فنأخذ بالعقد الظاهر ، ويفضل المشترى من المشترى على المشترى من البائع ولاعبرة بالاسبقية فى التسجيل ، على ان المشترى من المشترى لاتنتقل إليه الملكية الا اذا سجل عقده ، وان كان يفضل على المشترى من البائع ولو تأخر عنه فى التسجيل .

(الوسيط د . السنهورى ص ١١٠٤) .

احكام النقض :

١ - ليس هناك مايمنع من حرر عقد البيع بخطه ووقع عليه بصفته شاهدا من ان يطعن فيه بالصورية متى كان يستند فى طعنه إلى دليل كتابى ، ومتى كان هذا الطعن موجها ضد طرفى العقد اللذين اشتركا معه فى الصورية لاضد غيرهما ممن يمكن ان تضار مصلحتهم بصورية يجهلونها .

(نقض ١١ يناير ١٩٤٠ - مجموعة عمر جـ ٣ ص ٥١ ق ٢٢)

٢ - ليس لمن رسا عليه المزاد فى بيع الاشياء المحجوز عليها التحدى بحكم الفقرة الثانية من المادة ٢٤٤ مدنى ، والقول بوجوب الاخذ بسندات دين الدائن المنفذ به والمطعون عليها بالصورية باعتبارها العقد الظاهر ذلك لانه لاشأن له بهذا الدين اذا هو لايستمد مايدعيه من حق على الاشياء المحجوزة من سندات الدين ، ولكن الحق الذى يدعيه

يستند إلى محاضر البيع التى استرد بمقتضاها تلك الاشياء . وانه اذا إنتفى حسن نية المشترى من البائع فلايمكن له ان يتمسك بالعقد الظاهر قبل دائن هذا البائع .

(نقض ٢٣ مايو ١٩٥٧ - السنة ٨ ص ٥٢٠)

٣ - وحيث هذا النعى فى غير محله ، ذلك ان الغير بالمعنى الذى تقصده المادة ٢٤٤ من القانون المدنى هو من يكسب حقه بسبب يغاير التصرف الصورى ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى كما سلف القول إلى ان الطاعنة كانت احد طرفى الاجراءات الصورية التى تمت بالتواطؤ بينها وبين المطعون عليه الثانى والتى انتهت الى ايقاع البيع اضرارا بالمطعون عليها الأولى ، فان الطاعنة بذلك لاتعتبر من طبقة الغير فى معنى المادة ٢٤٤ المذكورة .

(نقض جلسة ١٧ / ١ / ١٩٧٨ - السنة ٢٩ ص ٣١٨) .

٤ - وحيث ان هذا النعى مردود ، ذلك ان الغير فى الصورية هو كل ذى مصلحة ولو لم تكن بينه وبين الطاعنين رابطة عقدية ، ولهذا الغير ان يثبت الصورية بجميع طرق الاثبات ومنها القرائن ، كما وان تقدير ادلة الصورية مما يستقل به قاضى الموضوع ، وإذ كان البين من الحكم المطعون فيه انه استند فى التدليل على صورية عقد الايجار الذى تمسك به الطاعن ، إلى ان عقد البيع المؤرخ ٢٨ / ٤ / ١٩٧٢ الصادر من المطعون عليها الثالثة - زوجة الطاعن - ومن باقى الورثة والمتضمن اعتبارهم مستأجرين اذا لم يقوموا بتسليم عين النزاع إلى المشتريتين - المطعون عليهما الأولى والثانية - عند التوقيع على البيع النهائى - دون اشارة إلى انها مشغولة بمستأجرين اخرين يفيد صورية عقد الطاعن ، لابغير من ذلك صدوره من مورث البائعين، لانه لم يقدم مايفيد اداء اجرة العين إلى المؤجر قبل وفاته ولايسوغ الاحتجاج فى هذا الصدد بالمانع الادبى لانه كان بالأولى يحول دون الحصول على عقد مكتوب بالايجار ، ولايجدى الطاعن تقديمه ادله على اقامته بالعين طالما كانت لاحقة لزواجه بالمطعون عليها الثالثة المالكة لحصته فى العين ، ولما كان ماساقه الحكم المطعون فيه من قرائن من شأنه ان تؤدى إلى ما انتهى اليه من صورية عقد الايجار الصادر إلى الطاعنين من مورث البائعين

ولايغير من ذلك ان هذا العقد سابق التاريخ على عقد البيع الصادر للمطعون عليهما الأولى والثانية من ورثة البائع ، اذ ليس من شأن هذه الاسبقية ان تنفى الصورية عن عقد الطاعن وانه غير موجود قانونا . ولما كان ذلك ، فان النعى يكون على غير اساس .

(نقض جلسة ٢٦ / ٣ / ١٩٨٠ المكتب الفنى سنة ٣١ ص ٩٠٧) .

٥ - الغير بالمعنى الذى تقصده المادة ٢٤٤ من القانون المدنى هو من يكسب حقه بسبب يغاير التصرف الصورى . فيجوز لمن كسب من البائع حقا على المبيع كمشتر ثان ان يتمسك بصورية البيع الصادر من سلفه صورية مطلقة ليزيل جميع العوائق القائمة فى سبيل تحقيق اثر عقده ولو كان العقد المطعون فيه مسجلا ، فالتسجيل ليس من شأنه ان يجعل العقد الصورى عقدا جديا كما ان التسجيل لايكفى وحده لنقل الملكية بل يجب ان يرد على عقد جدى ، فالمشترى بصفته دائنا للبائع فى الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر له يكون له ان يتمسك بالصورية ايا كان الباعث عليها ، وهذا المشترى يعتبر من الغير فى احكام الصورية بالنسبة إلى التصرف الصورى الصادر من البائع إلى مشتر آخر وله وفقا لصريح نص المادة ٢٤٤ من القانون المدنى ان يثبت صورية العقد الذى اضربه بطرق الاثبات كافة .

(نقض ٢٩ / ١١ / ١٩٨١ - الطعن ٤٨٩ لسنة ٤٥ ق) .

٦ - وحيث ان هذا النعى مردود ، ذلك انه وان كان الطاعن يعتبر من الغير بالنسبة للعقد المؤرخ ٥ / ١ / ١٩٦٩ فى حدود القدر الذى اشتراه بموجب العقد الذى صدر حكم بصحته ونفاذه وسجل فى ٦ / ٤ / ١٩٧٠ وله باعتباره خلفا خاصا للبائع ان يطعن بصورية العقد الاول صورية مطلقة بالنسبة للقدر المبيع له ، الا انه لما كان الثابت ان محكمة الاستئناف احالت الدعوى إلى التحقيق تمكينا للطاعن من اثبات مايدعيه ، وكان البين من الحكم المطعون فيه - وعلى نحو ماسلف بيانه فى الرد فى السبب الأول - انه حصل اقوال شاهدى المطعون عليهم من الأول إلى الثانية عشرة بمالا خروج فيه على مدلولها ثم وازن بينها وبين اقوال شهود باقى الخصوم وقرر ان « المحكمة تطمئن إلى اقوال شاهدى المستأنفين فى الاستئناف رقم ٢٨٩ سنة ١٥ ق وهما - ...و ... - ..

نظرا لان شهادتهما بنيت على علم يقينى من واقع المشاهدة لا عن طريق النقل أو السماع عن الغير كما اتفقت مع ماديات الدعوى وعناصرها المطروحة دون اى تعارض أو لبس أو غموض كما لايعتريها ما إعترى أقوال باقى من سمعت شهادتهم من عدم تيقن وتشكيك فيما اخبروه به وتضارب فى الاقوال ، وخلص الحكم من ذلك إلى ترجيح اقوال المطعون عليهم المذكورين والتى مفادها ان المورث - ... - باع الاطيان محل العقد المؤرخ ٥ / ١ / ١٩٦٩ بيعا باتا مقابل الثمن المحدد به والذى قبضه وقت تحرير العقد وقرر الحكم ان باقى الخصوم ومن بينهم الطاعن عجزوا عن النيل من العقد المذكور وجاءت أقوال الشهود الذين ركنوا إلى شهادتهم قاصرة عن اثبات ما ادعوه واستندوا إليه فى أسباب استئنافهم ولم يثبتوا صوريته ، وكان هذا الذى أورده الحكم المطعون فيه واقام عليه قضاءه ، من شأنه ان يؤدى إلى النتيجة التى انتهى اليها ويكفى لحمل قضائه فى هذا الشأن وفيه الرد الضمنى المسقط لما ساقه الطاعن من قرائن لاثبات طعنه بصورية ذلك العقد ، وكانت محكمة الموضوع غير مكلفة بأن تورد كل حجج الخصوم وتفندها طالما انها اقامت قضاءها على مايكفى لحمله ، لما كان ذلك فان مايثيره الطاعن بهذا السبب يكون على غير اساس .

(نقض جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٣ - السنة ٣١ الجزء الثانى ص ٢١٠٢) .

الباب الثانى
دعوى الصورية

الفصل الأول
خصائص دعوى الصورية

مصدر الدعوى هو المادة ٢٣٤ مدنى والتى تنص على أن :

١ - أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه .

٢ - جميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان الا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون .

فدعوى الصورية يرفعها الدائن ليثبت ان مال المدين الذى تظاهر بالتصرف فيه فأنقص من الضمان العام فى الظاهر لايزال هذا المال فى الواقع فى ذمة المدين وفى الضمان العام .

وتقوم فكرة الضمان العام طبقا لنص المادة ٢٣٤ مدنى على اساس كل اموال المدين ضامنة للوفاء بديونه ، ومعنى ذلك انه يجوز للدائن عند التنفيذ بحقه الذى تقرر بحكم قضائى أو أى سند تنفيذى آخر ، ان يتخير مايشاء من أموال المدين للتنفيذ عليه ولو كانت قيمة المال الذى يطلب بيعه بالمزاد العلنى اكثر بكثير من قيمة الدين المستحق للدائن ، ولاعنت بالمدين فى ذلك ، فالأولى به ان يوفى دينه اذا كان لديه مال ذا قيمة كبيرة .

وذلك سواء كانت الصورية مشروعة او كانت غير مشروعة ، أى قصد بها الاضرار بحقوق الدائن ، يضاف الى ذلك ان دعوى الصورية لم تكن الا دعوى تمهيدية لدعوى اخرى يباشرها الدائن للتنفيذ على اموال المدين بحقه .

فأساس دعوى الصورية هو الضرر الذى يصيب الدائن سواء كانت

الصورية مشروعة أو غير مشروعة . ذلك لان المدين الذى يلجأ إلى التظاهر بالتصرف فى ماله ليخرجه من الضمان العام بتصرف صورى يكون قد أخل بالتزام تبعى الى جانب التزامه الأصلى .

وقد يعترض على ذلك بأن المدين له حرية التصرف فى ماله مادام هذا التصرف لايسبب اعساره أو يزيد فى اعساره .

ولكن يرد على هذا الاعتراض بأنه فى الصورية لم يتصرف المدين فى الحقيقة فى مال بل انه قد تظاهر بأنه تصرف فى ماله . ومن ثم كان الفرض فى دعوى الصورية ان الدائن يطعن فى هذا التصرف بالصورية حتى يكشف عن حقيقته فيستبقى بذلك مال المدين فى ضمانه تمهيدا للتنفيذ عليه بحقه .

الفصل الثانى
الخصوم فى دعوى الصورية

قد ترفع دعوى الصورية من احد طرفى العقد الصورى على الطرف الآخر يطعن فى العقد بالصورية ، وفى هذه الحالة يجب ادخال من له مصلحة فى التمسك بالعقد الصورى فى الدعوى . كخلف المشترى الظاهر اذا كان سىء النية .

وقد يكون الطعن بالصورية فى صورة دعوى يرفعها احد طرفى العقد على الطرف الآخر بموجب العقد الظاهر ، ويجوز ابداء هذا الدفع فى أيه حالة كانت عليها الدعوى .

وقد يرفع الدائن دعوى الصورية باسم مدينة ، وفى هذه الحالة لايكون الدائن من الغير ولايجوز له اثبات الصورية الا بالطرق التى يستطيع بها المدين اثبات ذلك ، ويجوز للخصم ان يتمسك بالدفوع التى كان يتمسك بها قبل المدين . ومن يدعى الصورية هو الذى يتحمل عبء اثبات ذلك .

ولتوضيح ذلك . نعرض فيما يلى لنسبية آثار العقد .

١ - اقتصار حكم العقد على عاقديه :

إذا استجمع العقد اركانه وتوافرت فى كل ركن شروطه ، انعقد العقد صحيحا ، وترتبت عليه اثاره ، وآثار العقد تتحدد من حيث نطاقها (بالمتعاقدين) فلا ينصرف إلى الغير .

٢ - أثر العقد بالنسبة للخلف :

لايقتصر اثر العقد على العاقد سواء باشر العقد بنفسه ام بواسطة نائب عنه ، بل ينصرف كذلك إلى خلفائه ، وهم من يمثلهم فى العقد .

والخلف إما أن يكون خلفا عاما ، وإما أن يكون خلفا خاصا .

الخلف العام :

هو كل من يخلف السلف فى ذمته المالية كلها ، وهذا هو الوارث لكل التركة أو فى جزء منها باعتبارها مجموعة مالية .

الخلف الخاص :

هو كل من يخلف السلف فى حق عينى على شىء معين أو فى ملكية شىء معين ، كالمشترى . سواء اشترى شيئا ماديا ام شيئا معنويا .

٣ - انصراف اثر العقد إلى الخلف العام :

تنص المادة ١٤٥ مدنى على انه :

« ينصرف اثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام . دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، مالم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون ان هذا الاثر لاينصرف إلى الخلف العام .

والمقصود بالمتعاقد هو من اشترك فى ابرام العقد بنفسه أو بنائب عنه فتنصرف اليه الحقوق والالتزامات الناشئة عنه .

والمقصود بالخلف العام هو من تؤول اليه كل حقوق السلف والتزاماته أو نسبه معينة منها باعتبارها مجموعة قانونية .

ومصدر الخلافة العامة هى فى الغالب :

١ - الوراثة على اعتبار ان شخصية الوارث ماهى الا استمرار لشخصية مورثة وفقا للمبدأ المقرر فى الشريعة بألا تركة الا بعد سداد الديون .

٢ - الوصية بجزء من التركة ، لان الموصى له بعين معينة من اموال الوصى يعتبرخلفا خاصا له .

وقاعدة انصراف اثر العقد الذى يعقده السلف إلى الخلف العام من شأنها جواز الاحتجاج على الخلف العام بالتصرف الحقيقى المقصود فى حالة الصورية ، وبالتاريخ الذى يحمله العقد ولو لم يكن ثابتا .

ويستثنى من القاعدة السابقة الاستثناءات التالية :

١ - اذا اتفق المتعاقدان على إقتصار آثار العقد عليهما وعدم

إنصرافها إلى ورثة احدهما .

٢ - اذا كانت طبيعة العقد لاتتفق وانتقال الآثار التى يرتبها إلى الخلف العام .

٣ - اذا كان هناك نص فى القانون يقضى بانقضاء العقد بوفاة العاقد .

وتقتصر آثار عقود السلف إلى الخلف ، غير ان المشرع عامل الورثة بالنسبة الى التصرفات الصادرة من المورث فى مرض الموت معاملة الغير (م ٩١٦) فقرر عدم جواز الاحتجاج عليهم بتاريخ التصرف اذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا ، واجاز لهم اثبات صورية التاريخ العرفى الذى يحمله التصرف بكافة طرق الاثبات .

الخلف الخاص :

سبق ان وضحنا ان الخلف الخاص هو من يتلقى من السلف حقا معينا بالذات كان قائما فى حق السلف ثم انتقل منها إلى الخلف سواء كان هذا الحق حقا عينيا أو حقا شخصيا .

فمشترى العقار خلفا خاصا للبائع فى حق الملكية ، والمحال له بحق ثابت خلفا خاصا للدائن المحيل بحق شخصى .

ويختلف الخلف الخاص عن الدائن فى ان الاخير لاينتقل اليه حق كان فى ذمة مدينة بل ينشأ له مباشرة حق يستقر التزاما فى ذمة مدينة .

كما اذا باع شخص عقارا لاخر بعقد عرفى فان هذا العقد لاينقل إلى المشترى حق الملكية لانه لاينتقل إلا بالتسجيل غير ان يجعل المشترى دائن للبائع بحق شخصى ، فلن سجل عقده انتقل اليه حق الملكية . والمستأجر لايعتبر خلفا خاصا للمؤجر بل دائن له ، وهذا بخلاف تنازل المستأجر عن الاجارة ، فان المتنازل له يعتبر خلفا خاصا للمستأجر .

والاصل فى الخلف الخاص انه لاتنصرف اليه آثار العقود التى يعقدها السلف . فمشترى العقار خلف خاص للبائع ، ولكن اذا تصرف السلف فى العقار إلى شخص آخر بالبيع أو الرهن أو الايجار ، فاذا كان هذا العقد الاخير لاحقا للعقد الصادر إلى الخلف الخاص ، فلا صعوبة ، اذ القاعدة ان تصرفات السلف فى شأن الحق الذى انتقل

إلى الخلف الخاص ، لايحتج بها فى مواجهة هذا الاخير إلا اذا كان لها تاريخ ثابت وسابق على تاريخ العقد الذى تلقى به الخلف الخاص حقه .

اما اذا كان العقد الصادر من السلف يمس نفس الحق الذى تلقاه عنه الخلف الخاص ، وكان هذا العقد ثابت التاريخ وسابقا على عقد الخلف الخاص ، فقد نص المشرع فى المادة ١٤٦ من القانون المدنى على حكمها بالقول :

« إذا انشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشىء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فان الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشىء ، اذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشئ اليه .

وعلى ذلك فانه يشترط لانصراف اثر العقد الذى يبرمه السلف الى الخلف الخاص أربعة شروط :

١ - ان يبرم السلف عقدا يتعلق بالمال الذى آل بعد ذلك إلى الخلف الخاص .

٢ - ان يتم ابرام هذا العقد فى تاريخ لاحق لتلقى السلف للمال وسابق على ايلولة هذا المال إلى الخلف ، اذ بعد ايلولة هذا المال إلى الخلف يفقد السلف صفته فى التعاقد بشأن هذا المال ، كما يفقد صفته فى تمثيل الخلف ، وعلى ذلك يتعين ان يكون العقد ثابت التاريخ لان الخلف يعتبر من الغير بالنسبة إلى تاريخ المحرر عملا بالمادة ١٥ من قانون الاثبات .

٣ - ان تكون الحقوق والالتزامات التى انتجها هذا العقد من مستلزمات ذلك المال .

٤ - علم الخلف الخاص بهذا العقد السابق وآثاره .

(د . سليمان مرقص بند ٢٧٥ - د . عبد الحى حجازى بند ٣٧٧) .

احكام النقض :

١ - وحيث ان هذا النعى مردود بأن المادة ٢٤٤ من القانون المدنى تنص على انه : « إذا ابرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف

الخاص متى كانوا حسنى النية أن يتمسكوا بالعقد الصورى ، كما ان لهم ان يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى اضر بهم واذا تعارضت مصالح ذوى الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الافضلية للأولين » ولما كان الحكم المطعون فيه قد اقام قضاءه على صورية سندات دين دراكوس وعلى ان حصول هذا الاخير على أوامر الاداء والحجز بمقتضاها والبيع الذى تم تنفيذا للحجز كل ذلك كان بطريق التواطؤ بين المطعون عليه الثانى والطاعنه ودراكوس إضرارا بالمطعون عليها الأولى فانه لايكون قد خالف القانون ذلك ان للمطعون عليها الأولى بصفتها دائنة للمطعون عليه الثانى ان تثبت بكل طرق الاثبات صورية تصرفات مدينها التى تمت اضرار بحقوقها عملا بالفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ من القانون المدنى ولامحل للتحدى بحكم الفقرة الثانية من تلك المادة لان الطاعنة لاشأن لها بدين دراكوس المطعون عليه بالصورية اذ هى لاتستمد ماتدعى من حق على الاشياء المحجوز عليها من سندات ذلك الدين ولكن الحق الذى تدعيه يستند إلى محاضر البيع التى اشترت بمقتضاها تلك الاشياء . هذا فضلا عن ان الحكم المطعون فيه قد أورد انه « على فرض ان السندات التى قدمها الدائن وحصل على أوامر اداء بمقتضاها كانت كلها صحيحة وان اجراءات الحجز والبيع كانت كلها سليمة فان هذا لاينفى ان يكون تقدم المستأنف عليها الأولى (الطاعنة) لشراء المحجوزات ورسو المزاد عليها قد حصل بالتواطؤ من المستأنف عليه الثانى (المطعون عليه الثانى) وان يكون المدين وهو زوجها قد اراد تخليص المنقولات (المحجوز) عليها فأوعز إلى زوجته لكى تتقدم صوريا لشراء هذه الاشياء .. بذلك يكون الحكم قد نفى عن الطاعنة فى حدود سلطة المحكمة التقديرية حسن النية وقرر انها كانت طرفا فى الاجراءات الصورية التى انتهت إلى ايقاع البيع عليها . وإذا انتفى حسن نية الطاعنة فلا يكون لها ان تتمسك بالعقد الظاهر .

(نقض جلسة ١٩٥٧/٥/٢٣ - السنة ٨ ص ٥٢٦) .

٢ - وحيث ان هذا النعى صحيح ذلك ان النص فى الفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ من القانون المدنى على انه « اذا ابرم عقد صورى

فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسنى النية ان يتمسكوا بالعقد الصورى » يدل على ان العبرة فى تحديد وقت ثبوت حسن النية هى بوقت التعامل ونشوء الالتزام وهو الوقت الذى انخدع به المتعاقد بالعقد الظاهر للمتعاقد معه وبنى عليه تعامله . فأعطاه القانون حق التمسك بهذا العقد الظاهر حماية لحسن النية الذى لازم التصرف الامر الذى يقتضيه استقرار المعاملات ، اذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه بعد ان اخذ من القرائن التى ساقها مايثبت علم الطاعنين الثانية والثالثة بصورية عقد البائع لهما عول فى تحديد وقت هذا العلم على قوله « انه ليس صحيحا فى شرعية القانون ماقررته محكمة أول درجة فى حكمها المستأنف من ان العبرة فى هذا النزاع بحسن نية .. الطاعنتين الثانية والثالثة وقت تحرير العقد العرفى بل ان الصحيح فى هذا الخصوص هو ان العبرة بتاريخ تسجيل عقدهما لان هذا العقد بوصفه عقد بيع هو عقد ناقل لحق عينى وهو حق الملكية وهذا الحق لاينتقل الا بالتسجيل حتى فيما بين المتعاقدين ومن ثم فانه يجب لكى تتمسكا .. بالعقد الظاهر ان تكونا على اعتقاد جازم وقت انتقال الحق العينى اليهما بجدية التصرف الصورى وانهما اطمأنتا اليه على هذا الاعتبار هذا إلى ان الانذار المرسل اليهما من ...... فى ٢٥ / ٧ / ١٩٥٥ - بصورية العقد الصادر منه إلى.. البائع لهما يقطع بسؤ نيتهما لان هذا الانذار سابق على تسجيل عقديهما وقد سلف القول بأن العبرة فى تاريخ حسن النية هى بتاريخ نقل الحق العينى اى بتاريخ التسجيل وبما انه لما تقدم يكون قد رسخ فى عقيدة المحكمة ان ..... كانتا سيئتى النية وقت ان نقلت ملكية المبيع اليهما من ..... مع علمهما بهذا علما يقينا بصورية العقد الصادر اليه من ...... فى ٧ / ٨ / ١٩٥١ ومن ثم تكونا قد اشترتا من غير مالك ويكون عقداهما باطلين » وهو من الحكم خطأ ذلك ان الطاعنتين وقد تمسكتا بالعقد الظاهر للبائع وبأنهما لاتعلمان بصوريته فان المرجع فى تحديد عدم العلم بالصورية وحسن النية انما يكون بوقت التعامل ونشوء الالتزام بنقل الملكية لابوقت انتقال الملكية بالتسجيل واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ورتب على ثبوت علم الطاعنتين بصورية عقد البائع وقت انتقال الملكية اليهما بالتسجيل ، بطلان العقد الصادر لهما ،

فانه يكون قد خالف القانون واخطأ فى تطبيقه بما يتعين نقضه دون حاجة لبحث باقى اسباب الطعن ، واذ حجب الحكم نفسه بهذا الخطأ عن بحث ثبوت علمهما بهذه الصورية وقت التعاقد فانه يتعين مع النقض الاحالة .

(نقض جلسة ٢٦ / ١ / ١٩٧٥ - السنة ٢٦ ص ٢٥٣)

٣ - وحيث أن هذا النعى مردود ، ذلك انه لما كان الحكم المطعون فيه لم يستند فى قضائه إلى ثبوت تاريخ ورقة الضد المؤرخه ١٥ / ٥ / ١٩٥٦ التى اقرت فيها البائعة له - المطعون عليها الثانية - بأن عقد البيع المؤرخ ١ / ٣ / ١٩٥٦ الصادر لها من المطعون عليها الأولى هو وصية وانما استند الحكم الى علم الطاعن بهذه الورقة قبل التصرف اليه بالبيع من المطعون عليها الثانية المؤرخ ٢٠ / ٢ / ١٩٦٧ . وكانت المادة ٢٤٤ / ١ من القانون المدنى تنص على انه « ١ - إذا ابرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسنى النية ان يتمسكوا بالعقد الصورى كما ان لهم ان يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى اضر بهم » مما مفاده انه يشترط فى الخلف الخاص وهو من كسب حقا من المشترى حتى يتمسك بالعقد الصورى ان يكون حسن النية أى لايعلم وقت تعامله مع المالك الظاهر ان العقد انما هو عقد صورى ، أما اذا كان سىء النية اى يعلم وقت تعامله بصورية العقد الظاهر فإن العقد الذى يسرى فى حقه هو العقد الحقيقى شأنه فى ذلك شأن المتعاقدين ، وكان يبين من الحكم المطعون فيه انه آورد الأدلة والقرائن على علم الطاعن بورقة الضد المؤرخة ١٥ / ٥ / ١٩٥٦ وعلى صورية عقده بقوله آولا - أن - المستأنف عليه الثالث - الطاعن - قريب للمستآنفه - المطعون عليها الأولى - وابنتها المستانف عليها الأولى - المطعون عليها الثانية - بدليل ماقرره .... شاهد المستأنف ضده الثالث من انه عمه وخال المستأنف عليها الأولى (ثانيا) انه ولصلة القربى هذه لاشك يعلم بأمر ورقة الضد ولايمكن القول بأن هذه الورقة قد ظلت فى الكتمان بين ام وابنتها حتى قدمتها الأولى فى النزاع الماثل ، ذلك ان النزاع قد بدأ بين المستآنفه والمستأنف عليها الأولى منذ اقامت الاولى

قبل الثانية دعوى استرداد الحيازة رقم ٥٦١ سنة ١٩٦٤ ابو كبير بشأن الاطيان موضوع ورقة الضد والبيع الصادر للمستأنف ضده الثالث والتى اشارت فيها رافعة الدعوى إلى ان العقد الصادر منها إلى ابنتها هو فى حقيقته وصية وقد انتهى النزاع المذكور بالحكم للمستأنفة ابتدائيا واستئنافيا باسترداد حيازتها للاطيان مما مفاده ان هذه الاطيان قد بقيت فى حيازة المستأنفة وليس من شأن هذه الحيازة وفى بلد صغير ان يبقى أمرها خافيا ، ذلك فضلا عن انه من البديهى ان يقوم المشترى قبل شرائه للاطيان بالتحقق من شخص واضع اليد عليها ومن سند وضع يده وقد اقر المستأنف عليه الثالث فى العقد بمعاينتها مما يدل على انه كان وقت تحريره على علم بوضع يد المستأنف على الاطيان المبيعة له وبسندها فى ذلك مما يقطع بسوء نيته (ثالثا) ان الشاهد الأول من شاهدى المستأنف ضده الثالث .. وكذلك الحال بالنسبة لشهادة الثانى مما يشكك فى صحة اقوالهما التى ذهبا فيها إلى ان المستأنف ضده قد أدى للمستأنف عليها الأولى الثمن المسمى بالعقد (خامسا) ان المستأنف عليه الثالث لم يرفع دعواه بصحة ونفاذ العقد الصادر اليه من المستأنف عليها الأولى المؤرخ ٢٠ / ٢ / ١٩٦٧ الا بتاريخ ٢٣ / ٩ / ١٩٦٧ اى بعد ان قامت المستأنفه - برفع دعواها رقم ٣٥٤ سنة ١٩٦٧ فى ٢٨ / ٥ / ١٩٦٧ وبستجيل صحيفتها فى ٣١ / ٨ / ١٩٦٧ . (سادسا) ان شاهدى المستانفة قررا فى التحقيق ان المستأنف عليه الثالث كان يعلم بأمر ورقة الضد اذ شهد أولهما .. بأن المستأنف عليه - المذكور كان حاضرا وقت تحريرها وشهد الثانى .. بانه أى المستأنف عليه قد حضر مع شاهده .. والمستأنف عليها الأولى لمنزل المستأنفه لاقناعها بالتصالح معها بعد ان رفعت دعواها فلما فشلوا فى ذلك هددها المستأنف عليه الاخير بأنه سيتعبها فى المحاكم والمحكمة تطمئن إلى هاتين الشهادتين لاتساقهما مع المعقول وخلوهما مما ينال منهما ، ولما كانت محكمة الموضوع على ماسلف ايراده قد استخلصت فى حدود سلطتها التقديرية وفى اسباب سائغة ان الطاعن كان سىء النية ويعلم بورقة الضد المؤرخة ١٥ / ٥ / ١٩٥٦ عندما تصرفت له المطعون عليها الثانية بالبيع بالعقد المؤرخ ٢٠ / ٢ / ٦٦

ورتب الحكم على ذلك عدم احقية الطاعن فى التمسك بالعقد الظاهر المؤرخ ١٩٥٦/٣/١ المبرم بين المطعون عليها الأولى والثانية وانما تسرى فى حقه ورقة الضد المشار اليها ، لما كان ذلك فان الحكم المطعون فيه يكون قد التزم صحيح القانون ويكون النعى عليه بهذين الوجهين على غير اساس .

(نقض جلسة ١٩٧٧/١/٣١ - السنة ٢٨ الجزء الأول ص ٣٢٨) .

اثر العقد بالنسبة إلى الغير :

القاعدة ان اثر العقد لاينصرف إلى غير العاقد أو من يمثله ، أى لا ينصرف إلى الغير الاجنبى عن العقد ، فلا يحمله التزامات ولايكسبه حقا .

فقد نصت المادة ١٥٤ مدنى على انه :

« لايرتب العقد التزامات فى ذمة الغير ، ولكن يجوز ان يكسبه حقا » .

فالجانب السلبى لهذه القاعدة عدم انصراف الالتزامات الناشئة عن عقد إلى من كان اجنبيا عنه .

والجانب الايجابى للقاعدة عدم اكتساب الشخص حقا من عقد لم يكن ممثلا فيه وهذه القاعدة لها عدة استثناءات منها الدعوى المباشرة .

وعلى هدى ماتقدم فان دعوى الصورية قد ترفع من أحد طرفى العقد أو خلفه أو ترفع من الغير . وعلى من يدعى الصورية ان يتحمل عبء اثبات ذلك .

احكام النقض :

١ - وحيث ان هذا النعى مردود فى الأوجه الثلاثة الأولى منه بما سبق الرد به على السبب الأول من ان المطعون عليه الأول يعتبر من الغير فى احكام الصورية وان له ان يثبت صورية عقد الطاعن بغير الكتابة ، ومن ثم فلم يكن الحكم فى حاجة بعد ذلك إلى تدعيم هذه الاجازة بالاستناد إلى مبدأ الثبوت بالكتابة ولا جدوى للطاعن من النعى على

الحكم بما أورده فى اسبابه بعد ذلك تزيدا وهو مردود فى الشق الأول من السبب الرابع بانه نعى لايصادف محلا له اذ ان الحكم المطعون فيه لم يأخذ الطاعن بحجية الحكم الصادر بصحة التوقيع ومردود فى شقة الاخر بان المحكمة لم تكن ملزمة بالرد على تمسك الطاعن بحجية الحكم الصادر لمصلحته باثبات التعاقد بعد ان انتهت إلى ان المطعون عليه الاول يعتبر من الغير بالنسبة للتعاقد على ماسبق بيانه .

وحيث انه يخلص من ذلك كله ان الطعن فى غير محله فيتعين رفضه .

(نقض جلسة ٣١ / ١٠ / ١٩٥٧ السنة ٨ - ص ٧٤٩) .

٢ - وحيث ان هذا النعى مردود بأنه يبين من الاطلاع على الحكم الصادر باحالة الدعوى إلى التحقيق انه قام قضاءه فى خصوص ماتنعاه الطاعنة على قوله « ان ماتقرره المستأنفة - الطاعنة - مردود بأن التأشير بمضمون ورقة الضد على هامش العقد المسجل لايؤدى إلا إلى اثبات تاريخها واثبات التاريخ هذا ليس فيه اشهار للورقة حتى يعترض به على الغير بل تعتبر كما كانت قبل التأشير باقية فى طى الكتمان والخفاء فلا تسرى على المشترى - المطعون عليه الثانى - متى كان حسن النية ولاتأثير لها على حقوقه المستمدة من العقد الظاهر المسجل وبذلك لايصح التمسك بالورقة ضد أبو الفضل ان ثبت حسن نيته ولايمكن ان يضار باتفاق سرى لايعلم به » ويبين من الاطلاع على الحكم المطعون فيه انه قال « وحيث انه وقد عجزت السيدة جليلة- المطعون عليها الأولى- التى باعت للمستأنف عليه أبو الفضل ابراهيم عن اثبات علمه بالورقة المقدمة من السيدة فاطمة عوض عريان المهدى بصفتها والتى تقر فيها السيدة جليلة بصورية العقد الصادر لها من المحجوز عليه ، ازاء هذا العجز لايمكن مسالة أبو الفضل بمقتضى هذه الورقة واعتبارها حجة عليه لانه اجنبى عنها وحررت على فرض صحتها فى الخفاء بعيدا عنه ولم تثبت البائعة علمه بها قبل صدور البيع اليه ومن ثم يكون - ما اثارته السيدة فاطمة والسيدة جليلة بشأن حجية هذه الورقة على أبو الفضل ابراهيم لاسند له من القانون » . وهذا الذى اقام الحكم قضاءه عليه صحيح فى القانون ذلك انه متى كان الطاعن قد باع الاطيان موضوع النزاع إلى المطعون عليها الأولى بمقتضى عقد البيع المسجل فى ٣ من

أغسطس سنة ١٩٤١ وكان المطعون عليه الثانى قد اشترى تلك الاطيان منها بعد ان اطمأن إلى ملكيتها لها فهو فى حكم الغير بالنسبةللصورية وقد استقر قضاء هذه المحكمة على ان للغير حسن النية ان يتمسك بالعقد الظاهر متى كان هذا فى مصلحته ولايجوز ان يحاج بورقة غير مسجلة تفيد التقايل من الصفقة متى كان لايعلم بصورية عقد تمليك البائع له (نقض ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٤ و ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣) لما كان ذلك فان الحكم المطعون فيه لايكون مخالفا للقانون .

(نقض ٢٠ / ٤ / ١٩٦١ - السنة ٢٢ ص ٣٧٦) .

٣ - وحيث ان هذا النعى مردود ، بأنه لما كانت المطعون عليها الأولى تعتبر من الغير بالنسبة لعقد البيع المؤرخ ٢٠ / ٢ / ١٩٦٧ الصادر من المطعون عليها الثانية إلى الطاعن وكان لها بالتالى ان تثبت صوريته بكافة طرق الاثبات ، وقد قضت محكمة أول درجة باحالة الدعوى إلى التحقيق لتثبت المطعون عليها الأولى صورية هذا العقد صورية مطلقة ، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى فى اسباب سائغة وعلى ماسلف البيان إلى ان عقد الطاعن صورى ورتب على ذلك قضاءه برفض دعواه بصحة ونفاذ عقده ، فان النعى على الحكم بهذا الوجه يكون غير سديد .

وحيث ان الطاعن ينعى بالوجه الثانى من السبب الثالث على الحكم المطعون فيه التنافض ذلك انه قضى بالغاء عقد البيع المؤرخ ١ / ٣ / ١٩٥٦ بالنسبة للقدر المبيع إلى المطعون عليها الثانية وحدها مع ان المطعون عليها الأولى تصرفت بالبيع بعقد واحد إلى المطعون عليها الثانية والثالثة مما مفاده ان الحكم اعتبر ذات العقد باطلا بالنسبة للمطعون عليها الثانية وصحيحا بالنسبة للمطعون عليها الثالثة مما يعيبه بالتناقض .

وحيث ان هذا النعى غير سديد ذلك انه لما كانت المطعون عليها الأولى قد اقامت دعواها بالغاء العقد المؤرخ ١ / ٣ / ١٩٥٦ الصادر منها إلى ابنتيها المطعون عليهما الثانية والثالثة ببيع ٣ أفدنة ١٠ قرايط لانه فى حقيقته وصية طبقا لورقة الضد المؤرخة ١٥ / ٥ / ١٩٥٦ وانها رجعت فى وصيتها بالنسبة للمطعون عليها الثانية وكان يجوز للموصى الرجوع فى

وصيته بالنسبة لبعض الموصى لهم دون البعض الآخر واذا انتهى الحكم المطعون فيه إلى الغاء العقد المذكور بالنسبة للمطعون عليها الثانية دون المطعون عليها الثالثة لايكون معيبا بالتناقض .

وحيث انه لما تقدم يتعين رفض الطعن .

(نقض ٣١ / ١ / ١٩٧٧ - السنة ٢٨ ص ٢٣٠) .

٤ - وحيث ان هذا النعى صحيح ذلك انه يبين من الحكم المطعون فيه انه اقام قضاءه برفض الدفع بصورية العقد الصادر من المورث الى ابنته المطعون ضدها الأولى على قوله « وحيث ان ماجاء باسباب الاستئناف يدور كله حول فكرة واحدة هى الطعن على التصرف بالصورية تخلصا من حكم التعويض المقضى به من محكمة جنح بلبيس فى سنة ١٩٤٧ لمصلحة دائن آخر . وحيث انه لانزاع فى ان دين المستأنف (الطاعن) لم ينشأ فى ذمة المتصرف إلا فى سنة ١٩٥٦ أى بعد التصرف بخمس سنوات تقريبا ولم يكن يدور بخلد المتصرف وقت التصرف ان دينا سينشأ فى ذمته للغير فيسعى للتخلص منه ، كما ان القول بأن المقصود بالتصرف الهرب من الحكم بالتعويض مردود بأن لامصلحة للمستأنف فى اثارة هذا الدفع لانقطاع صلته بالدعوى المدنية والحكم فيها بالتعويض ، ذلك الحكم الذى الغى فيما بعد فى سنة ١٩٥٥ وانتهت اثاره » وهذا الذى قرره الحكم واقام عليه قضاءه برفض الدفع بالصورية غير صحيح فى القانون ذلك ان الدائن الشخصى للمتصرف يعتبر من الغير فى الصورية ويجوز له اثباتها بطرق الاثبات كافة ولايشترط لقبول الطعن بالصورية من الدائن ان يكون حقه سابقا على التصرف الصورى بل يصح ان يكون حقه تاليا لهذا التصرف اذ ان التصرف الصورى الصادر من المدين يبقى صوريا حتى بالنسبة إلى الدائنين الذى استجدوا بعد هذا التصرف ويظل الشىء محل التصرف داخلا فى الضمان العام للدائنين جميعا سواء منهم من كان حقه سابقا على التصرف الصورى او لاحقا له وسواء كان هذا الحق مستحق الاداء أو غير مستحق الاداء مادام خاليا من النزاع ذلك انه متى كان التصرف صوريا فانه لايكون له وجود قانونا ولايشترط لقبول الطعن بالصورية من الدائن ان يكون هو المقصود اضراره بالتصرف الصورى اذ من مصلحة

اى دائن للمتصرف ان يثبت صوريته حتى يظل الشيء محل التصرف فى الضمان العام للدائنين فيستطيع ان ينفذ عليه بدينه . لما كان ذلك ، فان الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه برفض الدفع بالصورية الذى ابداه الطاعن على ان دينه لاحق للتصرف المدعى بصوريته وعلى انقطاع صلته بالدائن الذى قصد بهذا التصرف التهرب من دينه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وتأويله بما يستوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى اسباب الطعن .

(نقض جلسة ٩ / ١٢ / ١٩٦٥ سنة ١٦ - ص ١٢٢٣)

٥ - وحيث ان هذا النعى صحيح ، ذلك انه يبين من الحكم المطعون فيه انه اقام قضاءه فى هذا الخصوص على قوله « وحيث انه فيما يتعلق بالقول بصورية عقد البيع صورية مطلقة فقد قررت المستأنف عليها الثانية البائعة الاصلية بذلك كما قرر ابنها ووكيلها المتعاقد باسمها بذلك بمحضر جلسة ١٠ / ٤ / ١٩٦٣ امام محكمة الدرجة الأولى وقد ايده الطرف الآخر فى التعاقد وهو المستأنف عليه الأول المشترى حسبما هو ثابت باقراره المؤرخ ١٣ / ٣ / ١٩٦٠ الذى وافق رواية ابن المستأنف عليها الثانية الوكيل عنها فى هذا الخصوص ، ومن ثم يكون طلب المستأنف فيما يتعلق بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر من المستأنف عليها الثانية للمستأنف المطعون عليه الأول بتاريخ ١٣ / ٣ / ١٩٦٠ فى غير محله ، ويتعين رفضه لانعدام وجوده بمقتضى ورقة الضد المقدمة التى يكملها اقرار الوكيل بمحضر الجلسة ، وانه تأسيسا على ثبوت صورية عقد البيع الصادر من المستأنف عليها الثانية للمستأنف عليه الأول صورية مطلقة يكون عقد البيع الصادر من المستأنف عليه الاول للمستأنف بتاريخ أول مايو سنة ١٩٦١ المستند إلى قيام العقد الأول ووجوده عقدا صادرا من غير مالك ويتعين بالتالى رفض دعوى المستأنف بالنسبة له » وهذا الذى اقام عليه الحكم قضاءه مخالف للقانون . ذلك أنه متى كان حسين احمد عاكف ابن المطعون عليها الثانية ووكيلها بمقتضى التوكيل رقم ٤٩١ سنة ١٩٤٧ شرعى عابدين الذى يعطيه الحق فى بيع ورهن املاكها والمرفق بالأوراق قد باع الارض موضوع النزاع إلى المطعون عليه الاول بالعقد المؤرخ ١٣ / ٣ / ١٩٦٠ ، وكان الطاعن قد

اشترى تلك الأرض من المطعون عليه الأول فهو فى حكم الغير بالنسبة للصورية ، وإذ كان للغير حسن النية ان يتمسك بالعقد الظاهر متى كان هذا العقد فى مصلحته ولا يجوز ان يحاج بورقة غير مسجلة تفيد صورية عقد البائع له متى كان لايعلم بصورية ذلك العقد وكان حسن نية الطاعن امر غير مجحود ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر ، فانه يكون قد خالف القانون مخالفة تستوجب نقضه .

(نقض جلسة ٢٢ / ٤ / ١٩٧١ - السنة ٢٢ ص ٥٥٣) .

الفصل الثالث
التميز بين دعوى الصورية والدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة

المبحث الأول
الدعوى البوليصية

١ - تعريفها :

قد يعمد المدين اذا ساءت حالته المالية إلى بيع امواله الظاهرة ، كالعقارات كى يخفيها عن دائنتيه ، وقد كفل المشرع للدائنين الحماية من هذه التصرفات الضارة بهم ، بما قرره لهم من حق طعن فيها ، بطلب عدم نفاذها فى مواجهتهم وسبيلهم إلى ذلك هى دعوى عدم نفاذ التصرف (أو الدعوى البوليصة) .

والغرض منها هو المحافظة على الضمان العام . وليس من الضروى ان ترفع الدعوى البوليصية فى صورة دعوى مستقلة بل من الجائز اثارتها كدفع للدعوى التى يرفعها المتصرف اليه بطلب نفاذ هذا التصرف .

٢ - شروطها :

شروط الدعوى البوليصية على انواع .

منها مايتعلق بالدائن ، ومنها مايتعلق بالتصرف المطعون فيه ، ومنها مايتعلق بالمدين .

أ - الشروط المتعلقة بالدائن :

(١) ان يكون حق الدائن مستحق الاداء .

فكل دائن بحق خال من النزاع مستحق الاداء ان يستعمل الدعوى البوليصية ، لافرق بين دائن عادى ودائن ممتاز ، أو بين دائن بحق مقدر

ودائن بحق غير معلوم المقدار فيستطيع المضرور فى العمل غير المشروع قبل ان يقدر التعويض المستحق له ان يستعمل الدعوى البوليصية ويطعن فى تصرف صدر من مدينة على العمل غير المشروع بقصد تهريب ماله حتى لاينفذ عليه الدائن بالتعويض المستحق له .

(٢) ان يكون التصرف ضارا بالدائن :

فاذا لم يكن التصرف ضارا بالدائن ، انعدمت المصلحة فى رفع الدعوى ، ولايكون التصرف ضارا بالدائن الا اذا تناول مالا للمدين اعتمد عليه الدائن .

ففى هذه الحالة ينقص المدين من حقوقه ، مثال ذلك ان يهب عينا مملوكا له أو يبرىء مدينا من حق له فى ذمته أو يقترض المدين مبلغا من المال يزيد فى التزاماته فيسبب اعساره أو يزيد فى هذا الاعسار ، أو ان يلتزم فى عقد شركة بدفع مبلغ من المال كحصة له فى شركة ويكون هذا الالتزام سببا فى اعساره .

ولايجوز للدائن الطعن فى تصرف المدين اذا تعلق بحق متصل بشخصه ، كما اذا نزل الواهب عن حقه فى الرجوع فى الهبة ، أو اذا كان المال الذى تصرف فيه المدين موجودا فى ذمته قبل نشوء حق الدائن .

وعلى ذلك يجب ان يكون التصرف الصادر من المدين تاليا فى الوجود لحق الدائن الذى يطعن فى هذا التصرف لان حق الدائن اذا لم يكن سابقا على التصرف المطعون فيه لم يكن للدائن وجه للتظلم اذ لم يوجد حقه الا بعد صدور التصرف من المدين ولم يكن الحق الذى تصرف فيه المدين جزءا من ضمانه .

ويقع عبء اثبات وجود حق الدائن قبل تصرف المدين على الدائن الطاعن وفقا للقواعد العامة ، ولايشترط فى التصرف المطعون فيه ان يكون له تاريخ ثابت ، وعلى ذلك يكون تاريخ سند الدائن حجة على المتصرف اليه ، وان كان يجوز لهذا الاخير ، اذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا ، ان يقيم الدليل على انه قد قدم بالتواطؤ مع المدين للاضرار به .

ومن الصور الخاصة للتصرف الضار : ان يلجأ المدين إلى الاضرار

ببعض دائنيه ، بأن يوفر للدائنين سببا من أسباب التقدم لم يكن له وقت نشوء دينه ، وأن يوفيه حقه دون غيره من الدائنين ، ويتمثل فى تقرير المدين رهنا رسميا أو رهن حيازة لهذا الدائن على مال من امواله .

وقد عالج المشرع فى المادة ٢٤٢ هاتين الحالتين باعتبار ان تصرف المدين فيهما يعتبر تصرفا ضارا بفريق الدائنين .

والحالة الأولى :

تواجه اعطاء المدين لاحد الدائنين ضمانا خاصا يجعله يتقدم على سائر الدائنين دون حق اذ يعتبر تصرفا مفقرا يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية .

الحالة الثانية :

ان يؤدى الدائن مقابل للضمان الذى حصل عليه كأن يمد فى اجل الدين أو يعطى المدين اجلا جديدا ، ويعتبر التصرف فى هذه الحالة معاوضه ، ويشترط فيه اثبات غش كل من المدين والدائن ، أى اثبات انهما قصدا من هذا الضمان تقدم الدائن دون حق على سائر الدائنين .

وفى الحالتين اذا نجح الطعن فى التصرف اعتبر الضمان الخاص الذى حصل عليه الدائن غير نافذ فى حق سائر الدائنين ، وفقد الدائن ميزة التقدم التى كان يسعى اليها بغير حق .

(احكام الالتزام . د . اسماعيل غانم ص ١٥٤ - الوسيط د . السنهورى جـ ٢ بند ٥٧٨) .

وهناك صورة اخرى تتمثل فى ايثار المدين المعسر احد الدائنين بوفائه حقه دون الباقين .

وعلاجا لهذه المشكلة اباح المشرع الطعن بالدعوى البوليصية فى الوفاء الحاصل من المدين المعسر لاحد دائنيه .

ب - الشروط المتعلقة بالتصرف المطعون فيه :

١ - يجب ان يكون عمل المدين تصرفا قانونيا ، فلا يجوز الطعن فى الاعمال المادية . فاذا اتى المدين عملا غير مشروع . تسبب عنه التزامه

بالتعويض مما ادى إلى اعساره ، فلا يجوز مع ذلك للدائن ان يطعن فى هذا العمل لانه عمل مادى . ويجوز الطعن فى كافة التصرفات القانونية ، سواء كان العمل من جانبين ام من جانب واحد ، ويجوز الطعن فى الاحكام الانتهائية الصادرة ضد المدين عن طريق التماس اعادة النظر .

٢ - يجب ان يكون التصرف مفقرا :

فاذا لم يكن من شأن التصرف إنتقاص حقوق المدين فلا يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية ولو أدى هذا التصرف إلى زيادة فى التزاماته ، كما لو إقترض المدين ، أو اشترى عينا بثمن يزيد كثيرا عن قيمتها .

ويجوز للمدين الامتناع عن زيادة حقوقه وانقاص التزامه ، فلو رفض هبة عرضت عليه فلا يجوز لدائنه الطعن فى هذا الرفض .

٣ - ان يؤدى التصرف إلى اعسار المدين أو زيادة فى اعساره بأن ينقص من حقوقه . كمن يهب عينا مملوكة له ، أو يبرىء مدينا من حق له فى ذمته أو يزيد فى التزاماته ، ومن ثم يجوز للمدين ان يطعن فى عقد القرض الذى يزيد فى التزامات المدين .

جـ -الشروط المتعلقة بالمدين :

تستند الدعوى البوليصية إلى فكرة الغش ، وهو العامل النفسى الذى يدفع المدين الى اجراء التصرف المفقر الضار بدائنيه ويراد بالغش الاضرار بالدائنين . ويكتفى فى اثبات الغش ان يقيم الدائن الدليل على ان التصرف قد صدر من المدين وهو عالم بأنه معسر ، (المادة ٢٣٨ / ١ مدنى) فاذا اقام الدائن الدليل على ذلك ، قامت قرينة قانونية على غش المدين ، على ان هذه القرينة ليست قاطعة ، بل يجوز للمدين ان ينفى دلالتها باثبات انه رغما عن علمه باعساره الا انه لم يقصد من تصرفه الاضرار بدائنيه .

ويفرق المشرع من حيث شرط الغش بين اعمال المعاوضات واعمال (التبرعات) فشرط غش المدين قاصر على المعاوضات (م ٢٣٨ / ١) .

أما اذا كان تصرف المدين تبرعا فانه لاينفذ فى حق الدائن ولو كان

من صدر له التبرع حسن النية . ولو ثبت ان المدين لم يرتكب غشا (م ٢٣٨ / ١)

٣ - آثارها :

(أ) آثار الدعوى البوليصية بالنسبة إلى الدائن :

اذا توافرت شروط الدعوى البوليصية تعين القضاء بعدم نفاذ تصرف المدين فى حق الدائن فاذا كان هذا التصرف يتضمن انقاصا لحق من حقوق المدين ، فان هذا الحق لايخرج من الضمان العام ويستطيع الدائن التنفيذ عليه .

ويترتب على عدم نفاذ تصرف المدين فى حق الدائن أن المال المتصرف فيه لايعتبر فى ضمان دائنى المتصرف اليه .

ومتى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف اضرارا بهم .

(ب) آثار الدعوى البوليصية بالنسبة إلى المتعاقدين :

إذا كان من شأن الدعوى البوليصية عدم نفاذ تصرف المدين فى حق الدائن الطاعن وغيره من الدائنين الذين صدر هذا التصرف اضرارا بهم ، الا ان ذلك لايعنى ابطال التصرف ، إذ يظل هذا التصرف قائما ومرتبا لكافة اثاره فى العلاقة بين المتعاقدين وعلى ذلك فاذا كان التصرف بيعا فانه يلزم المدين بكافة التزامات البائع ، كما يلزم المتصرف اليه بجميع التزامات المشترى . وللمشترى متى استوفى دائن المتصرف فى حقه من ماله ، ان يرجع على المدين المتصرف بدعوى الاثراء بلا سبب .

٤ - تقادمها :

الدعوى البوليصية تسقط عملا - بنص المادة ٢٣٤ مدنى - بأقصر المدتين :

١ - بمضى ثلاث سنوات تبدأ لا من تاريخ صدور التصرف ولا من تاريخ علم الدائن به بل من تاريخ علمه بسبب عدم نفاذه فى حقه ، لان الدائن قد يعلم بالتصرف ولايعلم بما يسببه من اعسار للمدين او بما

ينطوى عليه من غش اذا كان من المعاوضات .

واذا سقطت الدعوى بالنسبة لاحد الدائنين امتنع عليه مشاركة الباقين فى التنفيذ على المال محل التصرف ، اذا تمسكوا بذلك فى مواجهته .

٢ - بمضى خمس عشرة سنة من التصرف الذى صدر فيه التصرف ، وذلك بالنسبة إلى جميع الدائنين ، ولو جهلوا بصدور التصرف او بسبب عدم نفاذه فى حقهم .

٥ - التفرقة بين دعوى الصورية والدعوى البوليصية :

أوجه الشبه بينهما :

تتفق الدعويان فى ان كل منهما يحاول المدين ان يتوقى تنفيذ الدائن على ماله ، فيتصرف فى هذا المال تصرفا جديا أو صوريا ، وفى كلتيهما لاينفذ تصرف المدين فى حق الدائن .

ويجوز رفع الدعويين احداهما بعد الاخرى لانهما دعويان مختلفان ، فترفع اولا دعوى الصورية ثم بعد ذلك الدعوى البوليصية ، بل يجوز رفع الدعويين معا . فيبدأ الدائن باثبات ان العقد الذى صدر من المدين صورى ، ثم يطعن بعد ذلك فى العقد الحقيقى بالدعوى البوليصية ، مثل ذلك هبة فى صورة بيع ، فيبدأ الدائن باثبات صورية البيع وان حقيقة العقد هبة ثم بطعن بعد ذلك فى الهبة بالدعوى البوليصية فلا يحتاج إلى اثبات سوء نية الموهوب له بل ولا إلى سوء نية الواهب ، ويجوز للدائن كذلك فى دعوى واحدة ان يطعن فى تصرف مدينة بالصورية وبالدعوى البوليصية معا على سبيل الخيرة .

فيحاول اثبات الصورية أولا ، وان لم ينجح انتقل إلى الدعوى البوليصية .

هل يجوز للدائن الذى اخفق فى دعوى الصورية امام محكمة أول درجة ان يطعن بالدعوى البوليصية امام محكمة الاستئناف لأول مرة :

اختلف الرأى فيما اذا كان يجوز للدائن الذى اخفق فى دعوى الصورية امام محكمة أول درجة ان يطعن بالدعوى البوليصية امام

محكمة الاستئناف لاول مرة .

فذهب رأى بجواز ذلك (د . السنهورى بند ٦٣٣ واستئناف مصر ١٧ / ٧ / ١٩٣٤ المجموعة الرسمية) .

ونادى الرأى الثانى بعدم جواز ذلك استئناف مصر ٧ / ٣ / ١٩٢٨ - المحاماه - سنة ٨ ص ٨٨٩) .

وفى تقديرنا ان الرأى الثانى هو الصحيح ، ذلك ان المادة ٢٣٥ مرافعات : نصت على ان لاتقبل الطلبات فى الاستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها ولاشك ان الطعن بالدعوى البوليصية امام محكمة الاستئناف يعتبر طلبا جديدا لانه يختلف عن الطعن بالصورية فى موضوعه وسببه . وتفريعا على ذلك لايجوز للدائن الذى رفع الدعوى البوليصية ان يعدل طلباته إلى دعوى الصورية وكذلك - لايجوز لمن رفع دعوى الصورية ان يعدل طلباته إلى الدعوى البوليصية لاختلاف الدعويين فى موضوعهما وسببهما .

لايجوز للدائن ان يطعن بالدعوى البوليصية حتى اذا اخفق فيها طعن بالصورية :

لاجدال فى انه لايجوز للدائن ان يطعن بالدعوى البوليصية أولا حتى اذا اخفق فيها طعن بالصورية ، لان الطعن بالدعوى البوليصية يتضمن الاقرار بجدية التصرف ، ولايتفق هذا مع الدفع بالصورية بعد ذلك . ويجوز للدائن اذا كان قد طعن فى تصرف مدينة امام محكمة أول درجة بالغش دون ان يبين ما إذا كان يعتبر التصرف صوريا أو جديا أن يطعن بالصورية لأول مرة امام محكمة الاستئناف .

واذا نجح الدائن فى اثبات جدية العقد اكتفى بذلك ولايصبح فى حاجة إلى اثبات توافر شروط الدعوى البوليصية .

وتختلف دعوى الصورية عن الدعوى البوليصية فى الامور الآتية :

١ - فى دعوى الصورية لايتصرف المدين فى ماله تصرفا جديا . وليس للعقد الظاهر وجود قانونى ، ولا وجود الا للعقد المستتر لانه هو العقد الحقيقى ، ومن ثم فلا ينتج العقد الصورى اثرا إلا بالنسبة إلى

الغير حسن النية حتى يستقر التعامل .
وفى الدعوى البوليصية ، فالمدين يتصرف فى ماله تصرفا جديا ولاينتج اثره الا بالنسبة إلى الدائنين .
٢ - دعوى الصورية يرفعها الدائن والخلف الخاص وكل من له مصلحة مشروعة ولو كان احد المتعاقدين .
أما الدعوى البوليصية فلا يرفعها الا الدائن .
٣ - فى دعوى الصورية يكفى ان يكون حق الدائن خاليا من النزاع ، فالدائن الى اجل أو تحت شرط واقف يستطيع رفع هذه الدعوى .
أما الدعوى البوليصية فلا يكفى خلو حق الدائن من النزاع بل يجب ايضا ان يكون هذا الحق مستحق الاداء .
٤ - فى دعوى الصورية لايشترط ان يكون حق الدائن سابقا على التصرف الصورى اما فى الدعوى البوليصية فيشترط ان يكون حق الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه .
٥ - فى دعوى الصورية ، يجوز للدائن أن يرفع الدعوى حتى ولو كان التصرف المطعون فيه بأنه صورى ، بفرض انه جدى لايسبب اعسارا للمدين .
أما فى الدعوى البوليصية فيشترط ان يثبت الدائن ان التصرف المطعون فيه قد تسبب فى إعسار المدين أو زاد فى اعساره .

وعلى ذلك فكما لايشترط اعسار المدين فى الصورية فلا يشترط كذلك فى حالة ما اذا كان المدين معسرا ان تكون هناك علاقة بين التصرف الصورى والاعسار ، فيستطيع الدائن ان يطعن بالصورية فى تصرف مدينة حتى ولو كان موسرا كما يستطيع الطعن بالصورية اذا كان المدين معسرا ولو لم يكن ا لتصرف المطعون فيه سبب الاعسار أو زاد فيه ، على ان الواقع فى العمل ان الدائن اذا وجد مالا كافيا لاستيفاء دينه عند المدين - غير المال الذى تصرف فيه هذا صوريا - لايرهق نفسه فى رفع دعوى الصورية فهو لايلجأ اليها فعلا إلا عند اعسار المدين .
٦ - فى الدعوى الصورية لايشترط ان تكون الصورية قد قصد بها الاضرار بحقوق الدائن ، فقد يكون المقصود بها غرضا آخر .

أما فى الدعوى البوليصية فيشترط فى المعاوضات قصد الاضرار بالدائن .

٧ - دعوى الصورية لاتسقط بالتقادم ، لانه يراد بها تقرير امر واقع ، وهذا الأمر يبقى واقعا مهما انقضى عليه الزمن .

أما فى الدعوى البوليصية فتسقط بالتقادم - على نحو ماسلف .

٨ - فى دعوى الصورية يجوز للمدين ان يسترد العين التى باعها صوريا للمشترى اما فى الدعوى البوليصية فلا يستطيع المدين ذلك ، لان البيع الذى صدر منه بيع جدى .

٩ - فى دعوى الصورية ، اذا تنازع فى بيع صورى ، دائن البائع مع دائن المشترى ، قدم دائن المشترى ايثارا للعقد الظاهر .

أما فى الدعوى البوليصية ، فانه اذا باع المدين عينا اضرارا بدائنية اعتبر البيع غير نافذ فى حق الدائنين ، وتقدم هذا الدائن فى استيفاء حقوقه من العين على دائن المشترى .

(الوسيط د . السنهورى جـ ٢ بند ٦٣٣)

احكام النقض :

١ - اذا كان البين من الحكم المطعون فيه ان محكمة الاستئناف قررت ان الطاعنة تمسكت امام محكمة الدرجة الأولى بصورية العقد ولكنها عجزت عن الاثبات بعد ان كلفت به ثم تمكست امام محكمة الدرجة الثانية بالدعوى البوليصية فأحالت المحكمة الدعوى إلى التحقيق وكلفت الطاعنة بالاثبات فعجزت عن تقديمه ، فانه يكون غير منتج مانسبته الطاعنة إلى الحكم من الخلط بين احكام الدعويين .

(نقض جلسة ٢٢ / ١ / ١٩٥٩ - السنة ١٠ ص ١٩٦٤) .

٢ - وحيث ان هذا النعى بوجهية مردود ، ذلك ان الحكم الصادر من محكمة الاستئناف بتاريخ ٥ / ٢ / ١٩٦٤ والذى احال الدعوى إلى التحقيق لاثبات الصورية ، لم يذكر اسبابا لهذه الاحالة سوى قوله « وحيث ان هذه المحكمة ترى إزاء القرائن التى ساقها مورث المستأنف عليهم المرحوم عطية محمد للتدليل على صورية العقد الصادر للمستأنفين واستكمالا لجميع عناصر الدعوى ، ووصولا بها إلى الحقيقة ، واستكمالا

لهذه القرائن ان تحيل الدعوى إلى التحقيق لاثبات ونفى ماتدون بمنطوق هذا الحكم » واذ اكتفى المطعون عليهم بتقديم عقد الايجار الصادر من مورثهم إلى البائع له متضمنا استئجار هذا الاخير المنزل منه واستغنوا بذلك عن سماع الشهود فقد اصدرت المحكمة حكمها المؤرخ ١٩٦٥/١/٧ باحالة الدعوى إلى التحقيق لاثبات الدفع بالدعوى البوليصية . وبنت ذلك الحكم على قولها « وحيث ان المورث المرحوم عطية محمد على فايد كان قد دفع امام محكمة الدرجة الأولى بعدم نفاذ عقد المستأنفين المؤرخ ١٩٤٩/١٢/٤ متوسلا فى ذلك بالدعوى البوليصية قائلا ان عقد المستأنفين هذا قد حرر فى واقع الامر بعد عقده المؤرخ ١٩٥٣/١٢/١ وان المستأنف عليه الاخير مصطفى اسماعيل نصر البائع فى العقدين كان معسرا وقت تحريره ولم يكن له من مال ، وانه كان متواطئا مع المستأنفين إضرارا به وحيث انه قبل الفصل فى الدعوى ترى المحكمة اثباتا لادعاء المذكور احالة الدعوى إلى التحقيق لاثبات ونفى ماهو مدون بالمنطوق » وهذا الذى ذكرته المحكمة فى هذين الحكمين لم يقطع بشىء فى موضوع النزاع وانما قصد إلى تهيئة الدعوى للحكم ، واذ كان ذلك وكان لمحكمة الموضوع - على ماجرى به قضاء هذه المحكمة - مطلق الحرية فى تقدير طريق الاثبات الذى تأمر به فتأخذ بنتيجته أولا تأخذ بها ، وفى ان تكون عقيدتها مما امرت به من اجراء أو من غيره مما فى الدعوى من القرائن والمستندات ، وكان لاعليها ان هى حكمت لخصم كلفته باثبات دعواه بالبينة فعجز مادامت قد اقامت قضاءها على مايؤدى إليه مما استخلصته من أوراق الدعوى ، ومتى كان ذلك ، فان محكمة الاستئناف اذا قضت ببطلان عقد الطاعنين بناء على ماتوفر فى الدعوى من القرائن على صورية ذلك العقد رغم عدم اثبات ورثة المرحوم عطية محمد فايد ذلك بشهادة الشهود ورغم احالة الدعوى إلى التحقيق لاثبات الدفع بالدعوى البوليصية ، فان المحكمة لاتكون قد خالفت القانون .

(نقض جلسة ١٩٧٠/٢/٢٦ - السنة ٢١ ص ٣٨٥) .

٣ - وحيث ان هذا النعى فى محله ذلك انه ولئن كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة من ان للغير ان يثبت الصورية بجميع طرق الاثبات

ومنها القرائن وتقدير القرائن من الأمور الموضوعية التى لا رقابه لمحكمة النقض عليها متى كان هذا التقدير سائغا وأنه لاتعارض بين ان يكون المشترى فى حالة تمكنه من دفع الثمن وأن يكون الشراء الحاصل منه صوريا إذ لاتلازم بين حالة الاعسار وصورية العقد وكان من حق قاضى الموضوع وهو فى مقام الموازنة بين أدلة الإثبات وأدلة النفى فى الدعوى ان يأخذ ببعضها ويطرح البعض الاخر إلا انه يتعين أن يرد الحكم بأسباب خاصة صريحة على كل دفاع جوهرى يتغير بتحققه وجه الرأى فى الدعوى والاكان قاصرا ، ولما كان الثابت من مدونات الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه انه استخلص صورية عقد الطاعنه من سابقة علمها بحصول البيع إلى المطعون ضدهم الخمسة الأول لما بينها وبين البائع من علاقة استمرت حتى تمام زواجهما فى ٤ / ٨ / ١٩٧٧ فضلا عن ان حالتها لم تكن تسمح بالوفاء بالثمن ، وكانت صورية الثمن وإن كانت دليلا على صورية العقد صورية نسبية إلا انها ليست دليلا على الصورية المطلقة ، وكان الثابت من الأوراق ان عقد الطاعنة سابق على عقد المطعون ضدهم الخمسة الأول وليس لاحقا عليه ، فضلا عن ان مجرد علم الطاعنة بالبيع السابق لايصلح قرينه على صورية عقد البيع اللاحق ، فإن الحكم المطعون فيه اذ أقام قضاءه بصورية العقد على مجرد ماساقه من أسباب ودون ان يرد على دفاع الطاعنة الذى يتغير بتحققه وجه الرأى فى الدعوى يكون معيبا بالقصور بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن

(نقض ٢٣ / ٦ / ١٩٨٥ طعن رقم ٩٧٩ لسنة ٥٢ قضائية) .

٤ - المقرر ان تقدير الدليل على التواطؤ والعلم باعسار المدين هو من المسائل الموضوعية التى تدخل فى سلطة محكمة الموضوع دون معقب عليها متى اقامت قضاءها على اسباب سائغة . وإذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد بنى قضاءه بعدم نفاذ البيع المحرر عنه العقد الابتدائى المؤرخ ٢٢ / ١ / ١٩٥٢ على ماستخلصه من مستندات المطعون ضده الأول واقوال شهوده التى اطمأن اليها من ان تاريخ نشأة دينه سابق على التصرف المطعون فيه ، وتوافر الغش لدى كل من الطاعنتين ومورثيهما المدين وعلمها باعسار الاخير وقت صدور التصرف لمعرفتها

بظروفه المالية لرابطة الزوجية التى تسمح لها بذلك ، وان مورثهما لم يقصد من تصرفه سوى الإضرار بحقوق دائنة ، واذا كان ماأورده الحكم فى هذا الصدد سائغا وله اصل ثابت فى الأوراق ويؤدى إلى النتيجة التى انتهى اليها ، فان ماتثيره الطاعنتان فى هذين السببين لايعدو ان يكون جدلا موضوعيا فى تقدير الدليل مما تستقل به محكمة الموضوع وتنحسر عنه رقابة محكمة النقض .

(نقض ٨ / ٥ / ١٩٨٤ طعن رقم ٢١٣ لسنة ٥٠ قضائية) .

٥ - المقرر وفقا لما تقضى به المواد ٢٣٧ و ٢٣٨ و ٢٣٩ من القانون المدنى وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة انه يشترط فى حق الدائن الذى يستعمل دعوى عدم نفاذ التصرف ان يكون دينه حال الاداء وسابقا فى نشوئه على صدور التصرف المطعون فيه والعبرة فى ذلك بتاريخ نشوء حق الدائن لابتاريخ استحقاقه ولابتاريخ تعيين مقداره والفصل فيما يثور بشانه من نزاع وان يثبت الدائن التواطؤ بين المدين وبين المتصرف اليه على الاضرار بحقوقه ويكفى لاعتبار الغش متوافرا ان يثبت علم كل من المدين والمتصرف اليه باعسار المدين وقت صدور التصرف المطعون فيه ، واذا ادعى الدائن اعسار المدين فليس عليه إلا ان يثبت مقدار مافى ذمة مدينه من ديون وحينئذ يكون على المدين نفسه انّ يثبت ان له مالا يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها ويكون ذلك ايضا للمتصرف اليهم لا دفعا منهم بالتجريد بل اثباتا لتخلف شروط الدعوى المذكورة .

(نقض ٨ / ٥ / ١٩٨٤ طعن رقم ٢١٣٦ لسنة ٥٠ قضائية) .

٦ - مفاد المادة ٢٣٨ / ١ من القانون المدنى - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - انِ المشرع اشترط لعدم نفاذ التصرف بعوض ان يثبت الدائن التواطؤ بين المدين وبين المتصرف اليه على الاضرار بحقوق الدائن لان الغش من الجانبين هو من الاركان الواجب قيام دعوى عدم نفاذ التصرف عليها ويكفى لاعتبار الغش متوافرا ان يثبت علم كل من المدين والمتصرف اليه باعسار المدين وقت صدور التصرف المطعون فيه ، وتقدير الدليل على التواطؤ والعلم باعسار المدين هو من المسائل الموضوعية التى تدخل فى سلطة محكمة الموضوع وحسبها ان

تقيم قضاءها على اسباب سائغة تكفى لحمله (نقض ١٣ / ٣ / ١٩٨٥ طعن رقم ١١٨٦ لسنة ٥٠ قضائية) .

يجوز للدائن فى الدعوى الواحدة ان يطعن فى تصرف مدينة بالصورية وبدعوى عدم نفاذ التصرف معا على سبيل الخيرة :

سبق أن أوضحنا انه لايجوز للدائن ان يطعن بعدم نفاذ التصرف ثم يطعن بعد ذلك بالصورية لان الدفع بعدم نفاذ التصرف يتضمن الاقرار بحقيقة التصرف فلايجوز بعد ذلك الدفع بالصورية ولكن يجوز للدائن فى الدعوى الواحدة ان يطعن فى تصرف مدينة بالصورية وبدعوى عدم نفاذ التصرف معا على سبيل الخيرة فيحاول اثبات الصورية أولا ، ثم ينتقل ان اخفق فيها إلى عدم النفاذ .

احكام النقض :

١ - حيث ان العلة فى وجوب ان يطعن الدائن بدعوى الصورية أولا حتى اذا اخفق فيها كان له ان ينعى بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين ان الطعن فى الدعوى الاخيرة ابتداء يتضمن الاقرار بمعرفة التصرف بما لايتفق مع الدفع بالصورية بعد ذلك بحيث يجوز للدائن ان يطعن فى تصرف مدينه بالصورية وبدعوى عدم نفاذ التصرف معا على سبيل الخيرة فيحاول اثبات الصورية أولا ثم ينتقل ان هو اخفق فيها إلى عدم النفاذ . لما كان ذلك وكان الثابت من الاطلاع على صحيفة الدعوى الابتدائية ان المطعون عليه استهلها بقوله .. غير ان المعلن اليه - الطاعن - تعرض للطالب - المطعون عليه - فى استلام الحديقة مستحقة الذكر استلاما فعليا مدعيا انه مستأجر لها من السنديك بموجب عقد ايجار ثابت التاريخ فى ١٨ / ١١ / ١٩٧٠ . ولما كان عقد الايجار سالف الذكر هو عقد صورى تحرر بين المعلن اليه والسنديك اضرارا بالدائن ولم يثبت تاريخه الا بعد صدور الحكم بايقاع البيع على الطالب .. » ثم أورد المطعون عليه بعد ذلك قوله ان اساس طلب الطرد ان عقد الايجار غير ثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه ومن ثم لاينفذ فى

حقه بالاضافة الى انه عقد صورى ، فان مسلك المطعون عليه لاينم عن انه قد أقر بجدية التصرف المقرون بالدفع بعدم نفاذه فى حقه وانه اذا اخفق فى هذا الدفع عمد إلى الطعن بالصورية بل الثابت انه تمسك منذ البداية بعرض اسانيد الصورية وادلته عليها ويكون النعى على غير اساس . (نقض ٤ / ٥ / ١٩٧٧ مجموعة المكتب الفنى الجزء الأول سنة ٢٨ ص ١١٢٥)

المبحث الثانى
الدعوى غير المباشرة

١ - تعريفها :

إذا اهمل المدين فى استعمال حقوقه ، بأن إنطوت تصرفاته على اهمال أو غش من جانبه بما يؤدى إلى اعساره أو الزيادة فى اعساره ، جاز للدائن ان يستعمل هذه الحقوق باعتباره نائبا قانونيا له ، ويؤدى ذلك إلى حفظ هذه الحقوق بما يدعم حق الضمان العام المقرر بكل الدائنين .

٢ - شروطها :

١ - ان يكون للدائن حق ثابت فى مواجهة المدين ، ولايشترط ان يكون هذا الحق مستحق الاداء .

٢ - ان يكون للمدين حق من أى نوع كان كدين فى ذمة شخص آخر أو حق عينى على شىء من الاشياء .

٣ - ان يهمل المدين فى المحافظة على الحق بان يسكت على مطالبة مدينة بما يؤدى إلى سقوط حقه بالتقادم أو ان يتكاسل فى رفع دعوى استحقاق لحماية حق الملكية على شىء ينازعه فيه شخص أخر .

٤ - ان يؤدى ذلك إلى اعسار المدين أو الزيادة فى اعساره .

٥ - اذا رفع الدائن الدعوى نيابة عن مدينة عند توافر الشروط السابقة.فيجب عليه ان يدخل هذا المدين فى الدعوى حتى يصدر الحكم فيها فى مواجهته فاذا لم يفعل ذلك كانت الدعوى غير مقبولة ولايشترط اعذار المدين لاستعمال حقوقه .

٣ - اثارها :

أ - ان الدائن لايعمل لحسابه الشخصى ولكنه يعتبر نائبا عن المدين والنيابة فى هذه الحالة نيابة قانونية مقررة بمقتضى القانون ، فى

المادة ٢٣٦ التى تقرر انه « يعتبر الدائن فى استعمال حقوق مدينة نائبا عن هذا المدين » .

– يترتب على الحكم السابق ان كل فائدة يجنيها الدائن فى استعمال حقوق مدينه لاتعود عليه شخصيا ، ولكنها تعود إلى المدين نفسه بما يؤدى إلى تدعيم ذمته المالية وتدعيم حق الضمان العام لجميع الدائنين فتكون الفائدة التى جناها الدائن الذى باشر الاجراءات هى اشتراكه مع سائر الدائنين الآخرين فى ثمرة هذه الاجراءات دون اختصاصه وحده بها .

وقد نصت على ذلك المادة ٢٣٦ / ٢ مدنى مقررة إن كل فائدة تنتج عن استعمال هذه احقوق تدخل فى اموال المدين وتكون ضمانا لجميع دائنيه .

٤ - التمييز بين الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية :

أ - أوجه الشبهة :

ان هناك شبها واضحا بين الدعويين من حيث الشروط والاحكام

١ – فلا يشترط فيهما ان يكون حق الدائن مستحق الاداء ولا ان يكون هذا الحق سابقا على التصرف الصادر من المدين .

٢ – دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة تفيد جميع الدائنين على السواء من اشترك منهم فى الدعوى ومن لم يشترك .

ب - أوجه الخلاف :

أ – اذا طعن الدائن فى العقد الظاهر بالصورية رفع الدعوى باسمه هو واذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين رفع الدعوى باسم هذا المدين . ويترتب على ذلك انه فى الصورية يستطيع اثبات الصورية بجميع الطرق لانه من الغير .

أما فى الدعوى غير المباشرة وهو يرفعها باسم المدين . فلا يستطيع الاثبات الا بالطرق التى يستطيعها المدين ، فيجب الاثبات بالكتابة فيما جاوزت قيمته عشرين جنيها أو فيما لايجاوز هذه القيمة اذا كان العقد الظاهر مكتوبا .

٢ - اذا طعن الدائن بالصورية ، فليس فى حاجة إلى اثبات اعسار المدين ، اما اذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن مدينة ، وجب عليه ان يثبت ان المدين يصبح معسرا أو يزيد اعساره اذا لم يتمسك بهذا العقد .

٣ - اذا اختار الدائن دعوى الصورية ، لن يستطع المشترى ان يدفع هذه الدعوى بدفع خاص بالعقد المستتر اما اذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين ، كان للمشترى ان يدفع هذه الدعوى بكل الدفوع التى يستطيع ان يدفع بها دعوى البائع لو كان هذا هو الذى تمسك بالعقد المستتر .

وعلى ذلك فالدائن يفضل دائما الطعن باسمه بالصورية فى العقد الظاهر ، فهذا أجدى له من التمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين عن طريق الدعوى غير المباشرة .

احكام النقض :

١ - وحيث ان هذا النعى صحيح ذلك انه لما كان المدين - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - يعتبر ممثلا لدائنه العادى فى الخصومات التى يكون المدين طرفا فيها فيفيد الدائن من الحكم الصادر فيها لمصلحة مدينه كما يعتبر الحكم على المدين حجة على دائنة فى حدود مايتأثر به حق الضمان العام المقرر للدائن على اموال مدينه وللدائن ولو لم يكن طرفا فى الخصومة بنفسه ان يطعن فى الحكم الصادر فيها بطرق الطعن العادية وغير العادية ، وكان السبيل لبحث اسباب العوار التى قد تلحق بالاحكام هو الطعن عليها بطرق الطعن التى حددها القانون على سبيل الحصر فاذا كان الطعن عليها غير جائز أو كان قد استغلق فلا سبيل لاهدارها بدعوى بطلان اصلية لمساس ذلك بحجيتها إلا اذا تجردت هذه الاحكام من أركانها الاساسية وكان الطعن بالصورية لايجرد الحكم من اركانه الاساسية فانه يكون من غير الجائز رفع الدائن لدعوى بطلان الحكم للصورية . لما كان ذلك وكانت الطاعنة قد تمسكت فى دفاعها بحجية الحكم الصادر بصحة العقد ونفاذه قبل المطعون ضدهم السبعة الأول باعتبارهم دائنى للمطعون ضده الثامن الصادر

ضده هذا الحكم فضلا عن نفاذ هذا العقد فى حقهم بتسجيل صحيفة الدعوى قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية مما يترتب عليه عدم ملكية مدينهم المذكور للعقار المنزوعة ملكيته فان الحكم المطعون فيه اذ قضى بعدم الاعتداد بهذا الحكم لصورية عقد البيع صورية مطلقة دون ان يشير إلى هذا الدفاع الجوهرى يكون - فضلا عما شابه من قصور فى التسبيب - قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى اسباب الطعن (نقض جلسة ٢٤ يناير ١٩٨٠ السنة ٣١ ص ٢٧٦) .

٢ - اذا كانت المستأنفة قد تمسكت امام محكمة الاستئناف بأنها دائنة لوالدها بمبالغ تزيد كثيرا على المبلغ الذى طالبها به المدعى بطريق الدعوى غير المباشرة مستعملا فى ذلك حقوق ورثة والدها وقدمت إلى المحكمة تأييدا لدفاعها هذا مستندات جديدة لم يسبق لها تقديمها إلى محكمة الدرجة الأولى ومع ذلك قضت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف لاسبابه دون ان ترد على المستندات الجديدة والدفاع المؤسس غليها فهذا الحكم يكون مشوبا بالقصور . (نقض ١٩٤٨/٢/٥ - طعن رقم ١٤٩ لسنة ١٦ قضائية) .

الفصل الرابع

الصورية من حيث طرق الاثبات

تختلف طرق اثبات الصورية بحسب ما اذ كانت الدعوى مرفوعة من احد الطرفين أو ممثل له ، أو كانت مرفوعة من الغير ضد طرفى التصرف الصورى ، او كانت مرفوعة من احد طرفى التصرف للصورى ضد الغير .

المبحث الأول

الدعوى المرفوعة من احد الطرفين على الآخر

يراد فى هذه الحالة اثبات العقد المستتر بين الطرفين والورثة ، فمتى كان العقد الصورى ثابتا بالكتابة فان قاعدة وجوب اثبات ما يخالف الكتابة بالكتابة تلزم المتعاقد الذى يدعى صورية العقد المتمسك به ضده ان يثبت الصورية بالكتابة .

والغالب ان تكون ورقة الضد والا فيمكن أن تكون من أى نوع كخطاب لاحق بتضمن اعترافا بالصورية ، فاذا لم يستطع المدعى اثبات الصورية بالكتابة فيجوز توجيه اليمين مالم يكن فى حالة من الحالات التى يجوز الاثبات فيها بالبينة والقرائن بدلا من الكتابة وهى :

١ - وجود مبدأ ثبوت بالكتابة

٢ - وجود مانع من الحصول على الكتابة

٣ - الغش والاكراه من موانع الحصول على عقد كتابى (م ١٢٥ - ١٢٨ مدنى)

٤ - أو وقوع مخالفة للنظام العام والآداب ..

١ - وجود مبدأ ثبوت بالكتابة :

طبقا لنص المادة ٢/٦٢ من قانون الاثبات فإن كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال ، يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة وذلك كالخطابات والإيصالات والمخالصات والمذكرات الشخصية وغيرها ويشترط فيها ثلاثة شروط أولها أن يكون هناك دليل كتابى صادر من الخصم ولايشترط توقيعها وثانيها أن تكون صادرة من الخصم الذى يحتج بها عليه وثالثها أن يكون من شأن هذه الواقعة أن تجعل المدعى به قريب الاحتمال فإذا توافرت هذه الشروط كان لمبدا الثبوت بالكتابة ماللكتابة من قوة فى الاثبات متى أكمله الخصم بشهادة الشهود والقرائن فإذا قدم الخصم

خطابا صادرا من خصمه يذكر فيه وقائع تجعل الصورية المدعى بها قريبة الاحتمال جاز للمحكمة اعتبار هذا الخطاب مبدأ ثبوت بالكتابه ويكلف المتمسك به بتكملة الاثبات بشهادة الشهود والقرائن .

أحكام النقض :

١ - إذا قدمت فى الدعوى قصاصات ورق مجموعة بعضها إلى بعض بطريق اللصق ووجود توقيع بصمة ختم المشترى على أحداها على أنها تضمنت شروط استرداد العين المبيعة فاستدلت المحكمة منها أن هذه البقايا هى أجزاء لأصل واحد واعتبرتها مبدأ ثبوت بالكتابة أكملته بما استخلصته من شهادة الشهود والقرائن وبناء على ذلك قضت بأن العقد وان كتب فى صورة عقد بيع بات هو فى حقيقته يخفى رهنا فذلك ليس فيه خطأ فى تطبيق القانون . (نقض ٢٢ / ١١ / ١٩٥١ مجموعة النقض فى ٢٥ سنة الجزء الأول ص ٤٦ قاعدة رقم ١٦٠) .

٢ - وجود مانع من الحصول على الكتابة :

من الصور الجارية ان يبيع الرجل لزوجته عقاره هربا من الديون ، أو ان يكتب الاب لابنه جزءا من اطيان لترشيحه لجهة ما تشترط نصابا ماليا معينا وقل ان يأخذ الرجل على زوجه او ابنه عقدا بصورية التصرف ، فهل يجوز اثبات الصورية فى هذه الحالة بكافة طرق الاثبات اعتمادا على ان القرابة مانع ادبى من الحصول على كتابة مثبته للدين أو التخلص منه .

الراجح فقها وقضاء بانه من السهل التدليل على الصورية بين ذوى القربى ، وأن صلة الابوة من الموانع الادبية التى قد تشفع للوالد فى عدم الحصول من ولده على ورقة الضد ، وكذلك صلة الزوجية قد تمنع الزوج من الحصول على ورقة الضد وكذلك الامر بالنسبة لصلة القرابات . غير أنه يتعين ملاحظة أن صلة القرابة أو المصاهرة مهما كانت درجتها لا تعتبر فى ذاتها مانعا أدبيا يحول دون الحصول على سند كتابى بل المرجع فى ذلك إلى ظروف كل حالة على حدة والتى تستقل بتقديرها محكمة الموضوع متى كان هذا التقدير قائما على أسباب سائغة .

٣ - الغش والاكراه :

كذلك يعتبر الغش والاكراه من موانع الحصول على عقد كتابى ، فاذا ماخدع شخص آخر فاخذ عليه عقدا بطريق الغش أو حصل عليه بالاكراه جاز للاخر ابطال العقد لان رضاه يصبح معيبا فى الحالتين ، وجاز له اثبات التدليس والاكراه بالطرق القانونية وقد نصت المادة ١٢٥ م على انه :

١ - يجوز ابطال العقد للتدليس اذا كانت الحيل التى لجأ اليها احد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما ابرم الطرف الثانى العقد .

٢ - ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة اذا ثبت ان المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة .

وتنص المادة ١٢٦ مدنى على انه :

« اذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المدلس عليه ان يطلب ابطال العقد مالم يثبت ان المتعاقد الآخر كان يعلم او كان من المفروض حتما ان يعلم بهذا التدليس »

وتنص المادة ١٢٨ مدنى على انه :

« اذا صدر الاكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره ان يطلب ابطال العقد مالم يثبت ان المتعاقد الاخر كان يعلم او كان من المفروض حتما ان يعلم بهذا الاكراه .

واذا كان الغش والاكراه من موانع الحصول على الكتابة المثبتة للدين أو للتخلص منه فمن البديهى جواز اثباتها بالبينة وقرائن الاحوال .

ومثال ذلك .. ان اتفقت سيدة مع شخص ان تبيعه عقارا مملوكا لها بيعا صوريا وان تأخذ ورقة ضد تثبت الصورية ، ولما صدر منها عقد البيع سلمها ورقة الضد وعليها توقيع توهمت انه توقيعه فى حين انه لم يكن هو الذى وقع بامضائه على الورقة غشا منه لها بل الذى وقعها شخص آخر غيره .

ولكن اذا كان الغش لم يقع إلا بعد اتمام العقد خلافا لهذه الحالة

التى وقع فيها الغش من مبدأ العملية القانونية إلى نهايتها ، فان هذا يعتبر غشا من جانب من استعمله ولكن هذا الغش اللاحق ماكان ليمنع الطرف الثانى من الحصول على سند كتابى بالصورية قبل حصوله ، وعلى هذا فانه يجب اثبات الصورية فى هذه الحالة بالكتابة .

٤ - يجوز اثبات الصورية بين المتعاقدين بشهادة الشهود والقرائن لمن وقع عليه الضرر اذا كان الغرض من الصورية الهروب من احكام القانون أو مخالفة النظام العام والاداب :

ومثالها .. اخفاء الربا الفاحش . ولما كان التحايل على القانون ليس واقعة مادية حتى يمكن إثباتها بكل طرق الاثبات ، بل هو تواطؤ بين المتعاقدين على مخالفة قاعدة قانونية من النظام العام ، واخفاء هذه المخالفة تحت ستار تصرف مشروع ، فهو عنصر من عناصر التصرف القانونى يتعلق بالمحل او السبب كان الواجب فى الاصل ان يثبت بنفس الطريقة التى يثبت بها التصرف القانونى ، الا ان فيه خروجا على النظام العام فوجب تيسير كشفه واباحة اثباته بجميع الطرق ، ويستوى فى هذا ان يكون من يريد اثبات الإحتيال من الغير او يكون احد المتعاقدين ففى الحالين يقضى النظام العام بضرورة فضح هذا الاحتيال .

ولما كان الاحتيال على القانون ليس الا تواطئا على مخالفة قاعدة قانونية متعلقة بالنظام العام واخفاء هذه المخالفة تحت ستار تصرف مشروع ، فقد وضح من ذلك ان من الطبيعى ان يتخذ هذا الاحتيال مظهر الصورية ، فيكون هناك تصرف غير مشروع ، هو التصرف الحقيقى الذى وقع الاتفاق عليه يستر تصرفا مشروعا هو التصرف الظاهر الذى يقع الطعن فيه والطاعن هنا هو المتعاقد نفسه أو خلفه .

ويتعين ملاحظة ان الاثبات بالبينة من المتعاقدين فى حالة الاحتيال على القانون مقصور على من كان الاحتيال موجها ضد مصلحته اما المتعاقد الاخر فلا يجوز له اثبات التحايل ، بشهادة الشهود وعلى ذلك اذا طلب المورث ابطال عقد البيع الصادر منه إلى ولديه استنادا إلى انه فى حقيقته وصية يتعين عليه اثباته بالكتابة لان الاحتيال لم يكن موجها ضد مصلحة المورث وانما يجوز ذلك للوارث الذى وقع الإحتيال اضـرارا

به وهو فى ذلك لايستخدم حقه من مورثه وانما من القانون مباشرة .
ومن المقرر ان الوارث حكمه حكم مورثه ، اى انه لايجوز له اثبات الصورية لعقد مكتوب بين مورثه والغير الا بالكتابة ، فاذا كان الوارث يستمد حقوقه من المورث فأنه لايملك من الحقوق أكثر منه .

وإذا كان الوارث يستمد حقه بوفاة المورث من الشريعة الاسلامية والقانون ، كوصية تزيد على الثلث فى عقد بيع مثلا ، فان له ان يثبت الصورية بكافة طرق الاثبات بما فيها البينة والقرائن لا لأنه من الغير ، بل لان هناك غش واحتيال على قانون الارث يصح اثباته بكافة الطرق ، ولايصبح الوارث فى هذه الحالة من الغير الا بعد وفاة مورثه واثبات الصورية اذ ان الوصية لا تنفذ فى حقه الا فى حدود الثلث .

فالقاعدة فى اثبات الصورية هى أنه يجب ان يكون اثبات عكس المكتوب بمكتوب غيره أو بالاقرار أو اليمين إلا ان تكون الحقيقة المراد اثباتها امرا غير مشروع يعتبر احفاؤه غشا واحتيالا على القانون فيجوز اثباته بالبيئة والقرائن .

وعلى ذلك فاذا ادعى احد المتعاقدين صورية العقد الظاهر واراد ان يثبت ان محل الاتفاق الحقيقى يختلف عن المحل المبين فى العقد ، فاذا كان المحل المراد اثباته مشروعا وجب اثباته بالكتابة وان كان غير مشروع جاز اثباته بالبينة أو بالقرائن ، وكذلك الامر فيما يتعلق بسبب الاتفاق .

وتطبيقا لذلك اذا حرر شخص على نفسه سندا بمبلغ وذكر ان القيمة وصلته نقدا على سبيل القرض ، ثم ادعى عند مطالبة الدائن اياه بهذا المبلغ ان سبب التعهد لم يكن القرض ، وانما كان عربون صفقة لم تتم وجب عليه اثبات دعواه بالكتابة .. اما اذا ادعى أن سبب العقد رشوة الدائن ليقوم بعمل أو ليمتنع عن عمل مما يدخل فى وظيفته جاز له اثبات السبب غير المشروع بالبينة والقرائن .

أما اذا لم تزد قيمة الالتزام على عشرين جنيها فانه يجوز اثبات العقد المستتر بجميع الطرق اذا كان العقد الظاهر غير مكتوب .

ويلاحظ ان القرائن ولو انها اضعف الادلة لكونها ادلة غير مباشرة تحتل مكانها فى اثبات الصورية عندما يكون ذلك جائزا بالبينة إذ كثيرا

ما تكون هى الدليل الوحيد على صورية التصرف ، غير انه لابد ان تكون القرائن قوية .

ويتعين عند تقدير القرائن ان ينظر إلى حالة المدين وقت التصرف لابعده ، فاذا كان معسرا وقت تصرفه كانت هذه قرينة على صورية هذا التصرف حتى لو ايسر بعد ذلك وقبل الطعن بالصورية .

ويجب ان ينظر إلى القرائن فى مجموعها دون ان يفصل احداها عن الاخرى وتكفى قرينة واحدة للحكم بالصورية بشرط ان تكون من القوة بحيث يقتنع بها القاضى .

ومما اعتبرته المحاكم قرائن على الصورية :

١ - حيازة البائع للشىء المبيع .

٢ - عدم تسجيل المشترى لعقد البيع .

٣ - بيع الشخص شيئا بدون ضمان .

٤ - بيع الوارث شيئا ورثة بعد يومين من موت مورثه . دون ان يطلب المشترى منه ما يدل على انه وارث وماهو نصيبه فى الميراث ، ودون ان يكون الوارث حائزا للعين المبيعة .

٥ - وجود علاقة زوجية أو قرابة بين المتعاقدين يعتبر قرينة على الصورية متى صاحبت ذلك وقائع تؤيدها .

٦ - شراء أب باسم ولده عينا دون ان يثبت وجود مال للمشترى باسمه يعتبر قرينة على صورية التصرف .

٧ - صدور التصرف من شخص بعد اتهامه فى جناية أو جنحة إلى احد اقاربه يعد قرينة على قصد الفرار من الدين الذى يعتبر ثابتا فى ذمة المتهم من يوم اتهامة .

وبالعكس من ذلك حكم بان كفالة المشترى للبائع فى احد التزاماته ليست دليلا على صورية البيع ، ولا هى مبدأ ثبوت بالكتابة يجوز الاثبات بالبينة ، لان اساس الكفالة التبرع فلا تستلزم وجود مقابل لها .

المبحث الثانى

الدعوى المرفوعة من الغير ضد المتعاقدين الصوريين

كان يجب طبقا للقاعدة العامة التى تقضى بوجوب اثبات مايخالف الكتابة بالكتابة ان يثبت الغير الصورية بالكتابة أو بالاقرار أو باليمين .
غير ان الغير - وهو لم يكن طرفا فى الكتابة بالصورية - لايتصور حصوله وقت انشائها على كتابة ضدها ، بل الغالب ان تكون الصورية موجهة ضده ، فيعتبر ذلك مانعا من الحصول على الكتابة ، ويترتب على هذا المنع انه يجوز له اثبات الصورية بالبينة والقرائن اى بكافة طرق الاثبات ، وذلك كله بشرط ان يستعمل دعوى الصورية المباشرة .

« المبحث الثالث »

الدعوى المرفوعة من احد المتعاقدين الصوريين ضد الغير

نصت المادة ٢٤٤ مدنى على مايأتى :

« اذا ابرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين والخلف الخاص متى كانوا حسنى النية ان يتمسكوا بالعقد الصورى »

وعلى ذلك فإذا كان الغير سىء النية وأراد احد طرفى العقد الصورى ان يثبت الصورية ضده فانه يجب اثبات الصورية ضد هذا الغير كتابة (بالكتابة) .

ولكن اذا كان هناك غش وتحايل على القانون ، فان لطرفى التصرف الصورى ان يثبتا الصورية ضد الغير بجميع طرق الاثبات بما فى ذلك البينة والقرائن .

ولمحكمة الموضوع كامل السلطة فى ان تقرر ما اذا كان العقد صوريا أو جديا ، لأن هذا آمر موضوعى ولا رقابة لمحكمة النقض عليه .

وعلى ذلك اذا استعرضت المحكمة الموضوعية ادلة الدعوى واستنتجت منها استنباطا سليما بان العقد صورى كان هذا الأمر متعلقا بفهم الواقع فى الدعوى ولا رقابة عليها من محكمة النقض .

احكام النقض :

١ - ومن حيث ان الحكم المطعون فيه اقام قضاءه بثبوت ملكية المطعون عليهم عدا الاخير للاطيان موضوع النزاع على ان دعواهم ثابتة من عقد البيع الصادر لهم من زوج الطاعنة والمؤرخ فى ٤ من آكتوبر سنة ١٩٢٠ والثابت التاريخ فى ٦ من نوفمبر سنة ١٩٢٠ ولم تطعن عليه الطاعنة باى مطعن ، وان الخبير الذى ندبته المحكمة قرر انه ينطبق على الاطيان موضوع النزاع وان نزاع الطاعنة لا اساس له من الحق والواقع ، وان الباعث لها عليه هو رغبتها فى معاونة زوجها البائع فى تنفيذ مايرمى اليه من عدم تمكين المشترى منه من الانتفاع بالاطيان

مشتراهم إذ استمر النزاع بينه وبينهم من تاريخ شرائهم منه فى سنة ١٩٢٠ حتى سنة ١٩٣٨ ، إذ قضى نهائيا لمصلحتهم وفى خلال هذه الفترة الطويلة لم تظهر الطاعنة ولم تتدخل كمالكة حسب ادعائها فى جميع دعاوى الحراسة والريع السابقة ولا فى دعوى الملكية التى أقيمت منهم على زوجها وان نفس هذه الاطيان سبق ان وضعت تحت الحراسة القضائية فى ٢٩ من يناير سنة ١٩٢٤ فى الدعوى رقم ٧٣٥ سنة ١٩٢٤ نجع حمادى وظلت تحت يد الحارس مدة أربع سنوات إلى أن قضى بعزله فى سنة ١٩٢٨ وذلك دون ان تعترض نفيسه الطاعنة ، ولو انها كانت مالكة أو واضعة اليد حقا لتدخلت فى دعوى الحراسة أو استشكلت فى تنفيذ حكمها وان مطاعنها على تقرير الخبير غير جدية وان عقدها المؤرخ فى ١٠ من أكتوبر سنة ١٩١٩ والذى قرر الخبير انه ينطبق على الاطيان موضوع النزاع هو عقد صورى اصطنع لخدمة ادعائها للملكية .

ومن حيث انه لما كان ماأورده الحكم المطعون فيه من أسباب يفيد ان المحكمة استخلصت من القرائن التى أوردتها فى العقد الذى استندت اليه الطاعنة فى منازعة المشترين من زوجها هو عقد صورى اصطنع لخدمة هذا النزاع مما ينفى ان يكون لدى واضع اليد نية التملك وأن ادعاء الطاعنة وضع اليد على الاطيان موضوع النزاع هو ادعاء غير صحيح ، وكانت هذه القرائن من شأنها ان تؤدى الى ما انتهت إليه فى حكمها كان النعى عليه بالقصور على غير أساس .

ومن حيث إن السبب الثانى يتحصل فى ان الحكم اخطأ فى تطبيق القانون إذاستند إلى القرائن فى اثبات صورية عقد البيع الصادر للطاعنة من نفس البائع للمطعون عليهم عدا الاخير ، فى حين أن قواعد الاثبات توجب فى هذه الحالة ان يكون الاثبات بالكتابة لا بالقرائن ، لأن هؤلاء المشترين يعتبرون خلفا خاصا للبائع يسرى عليهم مايسرى عليه من قواعد اثبات الصورية .

ومن حيث ان هذا السبب مردود بأن المطعون عليهم . عدا الاخيرة بوصفهم مشترين من نفس البائع للطاعنة يعتبرون فى احكام الصورية من الغير بالنسبة إلى عقد البيع الصادر لها من نفس البائع لهم ، ومن ثم

لايكون الحكم قد أخطأ اذ اقام قضاءه بصورية عقد الطاعنة على القرائن وحدها .

ومن حيث إنه يبين مما تقدم ان الطعن بسببيه على غير أساس ومتعين رفضه .

(نقض ١٢ / ١٠ / ١٩٥٠ مجموعة المكتب الفنى السنه الأولى ص ٢٧)

٢ - ومن حيث ان هذا السبب مردود بأن الحكم الابتدائى لم يبن على اجراء باطل يعيبه ، ذلك ان الطاعنين انما يستمدان حقهما فى نفى صورية عقدهما من القانون وفقا للمادة ١٨١ من قانون المرافعات (القديم) وهى تنص على انه « اذا اذنت المحكمة لاحد الاخصام باثبات شىء بالبينة كان للخصم الآخر الحق دائما فى اثبات عدم صحة ذلك الشىء بالبينة ايضا » ومن مقتضى ذلك ان يكون للطاعنين رغم سكوت الحكم التمهيدى عن الاذن لهما بنفى الصورية المدعاة ، ان يطلبا إلى المحكمة عند التحقيق سماع شهودهما ان كان لهما شهود ولكنهما لم يفعلا ، واقتصرا على النعى فى صحيفة استئنافهما على الحكم الابتدائى بالبطلان فى هذا الخصوص ، ولم يطلبا إلى محكمة الاستئناف فى عريضة استئنافهما سماع شهودهما ، ولم يقدما إلى هذه المحكمة صورة رسمية من مذكرتهما الختامية امام محكمة الاستئناف ليثبتا انهما تمسكا لديها بهذا الطلب ، ولما كان هذا الحق مقررا بمقتضى القانون لمصلحة الطاعنين وكان اغفال الحكم التمهيدى النص عليه لايبطل الحكم ولايسقط الحق ، كان سائغا ما استخلصه الحكم المطعون فيه من عدول الطاعنين عن طلب احالة الدعوى على التحقيق من جديد لسماع شهودهما اكتفاء بالتحقيق الذى اجرته محكمة الدرجة الأولى . وبالتالى كان النعى على الحكم بالبطلان على غير اساس متعين الرفض .

(نقض ٧ / ١٢ / ١٩٥٠ - السنة الأولى ص ١٩١) .

٣ - ومن حيث ان هذا السبب مردود بان الحكم تصدى للصورية وقرر بانتفائها موضوعا للاسباب التى سبقت الاشارة اليها وهى اسباب سائغة وليست المحكمة مكلفة بالرد على كل قرينة من القرائن التى قدمها الطاعن وهى بعد غير ملزمة باحالة الدعوى إلى التحقيق متى كونت

عقيدتها بجدية البيع الصادر من المطعون عليها الثانية إلى مورث باقى المطعون عليهم للاسباب التى أوردتها ولم يخطىء الحكم فيما قرره من عدم قبول طلب صحة ونفاذ الاقرار على اساس انه طلب جديد ابدى امام محكمة الاستئناف لاول مرة وذلك لاختلاف الطلبين سببا وموضوعا ، اما ماجاء فى هذا السبب غير ذلك فهو ترديد لما ورد فى الاسباب السابقة وقد سبق الرد عليه .

وحيث انه لذلك يكون الطعن فى غير محله ويتعين رفضه . (نقض ٥ / ٤ / ٥١ السنة ٢ ص ٧٤٠) .

٤ - تقدير القرائن وكفايتها فى الإثبات هو مما تستقل به محكمة الموضوع طالما كان استخلاصا سائغا مؤديا عقلا إلى النتيجة التى تكون قد إنتهت إليها ، ولما كان الحكم المطعون فيه لم ير فى ثبوت علاقة الزوجية بين المطعون عليهما قرينة تكفى وحدها لإثبات الصورية ، فإن النعى عليه فى هذا الخصوص لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا مما لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض .

(نقض جلسة ٢٢ / ١ / ١٩٥٩ - السنة ١٠ صفحة ١٩٦٤) .

٥ - وحيث أنه يبين من الاطلاع على الحكم الصادر فى ٢ مارس سنة ١٩٥٥ أنه أورد فى أسبابه أن الطاعنتين قدمتا مذكرة ختامية حددتا فيها طعنهما على العقد موضوع الدعوى بالصورية المطلقة فى حالة قبول الطعن بالتزوير وطلبتا فيها إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات تلك الصورية وأن الغرض من العقد هو تفضيل بعض الورثة على بعض وذلك بشهادة الشهود . وعقبت المحكمة على ذلك بأنها لا ترى مانعا من إجابة الطاعنتين إلى طلبهما إثبات صورية العقد صورية مطلقة بالبينة وقضت بإحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات هذه الصورية .. كما يبين من الحكم المطعون فيه أنه أورد أن المستأنف عليه « المطعون عليه » كان قد تمسك فى دفاعه الذى قدمه قبل صدور حكم ٢ مارس سنة ١٩٥٥ بعدم جواز إثبات الصورية المطلقة بالبينة لأن الطاعنتين تعتبران خلفا لمورثهما فى هذا الطعن . فلا يكون لهما من طرق الإثبات إلا ما كان لمورثهما - وأضاف الحكم إلى ذلك أن المستأنف عليه « المطعون عليه » عاد بعد إتمام التحقيق إلى التمسك بهذا الدفاع . وخلص الحكم إلى أن المطعون

عليه محق فى دفاعه فى هذا الخصوص وعلل ذلك بقوله « وحيث إنه ـ
كان لا يجوز قانونا لمورث المستأنفين إثبات صورية العقد الصادر منه إلى
ابنه المستأنف عليه بالبينة . بل لابد لذلك من الكتابة فإن ذلك يسرى
أيضا على المستأنفين . وحيث إنه لذلك ووضعا للأمور فى نصابها
الصحيح فإن هذه المحكمة تطرح التحقيق الذى أجرته الهيئة السابقة إذ
لا يصح الاستناد إلى ما أسفر عنه فى إثبات صورية العقد صورية
مطلقة » - ولما كان الحكم السابق صدوره فى ٢ مارس سنة ١٩٥٥
بالإحالة إلى التحقيق قد أجاز إثبات الصورية المطلقة بالبينة وحاز هذا
القضاء حجية الأمر المقضى فى خصوص جواز إثبات تلك الصورية بين
طرفى الخصوم وحسم النزاع بينهما على وسيلة الاثبات بعد ان تجادلا فى
جوازها وعدم جوازها مما لا يدع محلا للعدول عنه فى هذا الشق
القطعى ، ولا يغير من هذا ماللمحكمة من حق فى ان تقضى فى النهاية
بما تراه - لما كان ذلك فان الحكم المطعون فيه إذ اطرح الحكم الصادر
بالاحالة الى التحقيق يكون قد خالف القانون بمخالفته حجية الامر
المقضى بما يستوجب نقضه بغير حاجة لبحث باقى اسباب الطعن .
(نقض ١٥ / ٢ / ١٩٦٢ السنة ١٣ الجزء الأول ص ٢٧٩) .

٦ - وحيث ان هذا النعى مردود فى الوجه الاول بان الحكم
المطعون فيه سرد اقوال شاهدى المطعون عليه الاول نقلا عن محضر
التحقيق فقال « ان المستانف (المطعون عليه الاول) اشهد فى التحقيق
كلا من الشيخ عطا محمد ظافر وشتا حسين الجندى فشهد الاول بانه
حرر عقد البيع الصادر من مسعودة المستانف عليها الاولى الى المستانف
ابو الحسن عرفه بناء على طلب مسعودة وانها ذكرت له أثناء العقد انها
قبضت الثمن وبصمت وختمت على العقد فى حضورة كما سلمت الى
المستانف جميع المستندات وبعد ثمانية اشهر من تحرير العقد حضر له
خال مسعودة وهو الشاهد الثانى واخبره ان البائعة تريد العدول عن
البيع لانها علمت بان المشترى (المستأنف) هو خالها يريد بيع الأرض
لآخرين وأنه حادث المستانف فى ذلك فرفض بمقولة إنه اتفق مع
المشترين على البيع وأنه يعلم أنها بعد ذلك باعت جميع أملاكها الى عرفه
بدوى وان هذا البيع غير صحيح وان عرفه لم يدفع الثمن ، وشهد

الشاهد الثانى بانه حضر مجلس العقد وأنه حرر بناء على طلب مسعودة وأنها أخبرته بقبضها الثمن كما ختمت وبصمت امامه وانه بعد سبعة أو ثمانية أشهر ارادت العدول عن البيع لأنها علمت برغبة المشترى المستأنف بان يبيع بعض هذه الأطيان الى آخرين وعلم بعد ذلك انها باعت جميع املاكها الى عرفة بدوى ويعتقد انها قبضت الثمن من أبى الحسن لانها أخبرته بذلك كما شهد بان العقد الصادر منها الى عرفة غير صحيح وتنازل المستانف عليه الاول (الطاعن) عن شهوده ولم يطعن على اقوال هذين الشاهدين الا ان اولهما وهو مأذون القرية قداتهم بجريمة تزوير ثم برئ منها وأن احدا من الشاهدين لم يقل إن المستانف عليها الثانية (البائعة) قد قبضت الثمن » .

وبعد ان اورد الحكم شهادة الشاهدين على هذا النحو خلص الى ان المحكمة تاخد من شهادة الشاهدين اللذين سمعا فى التحقيق ان المستانف عليها الثانية مسعودة محمد حسن عرفه باعت فى اول مايو سنة ١٩٥٠ ما مقداره ٩ س ١٢ ط من اطيان الى المستانف « المطعون عليه الأول » وقبضت الثمن ووقعت بختمها وبصمة اصبعها على العقد . ويبين من ذلك ان الحكم نقل عن محضر التحقيق اقوال الشاهدين واستخلص منها استخلاصا سائغا ان عقد الطاعن عقد صورى ولا يعيبه بعد ذلك ان يستخلص من شهادة الشاهدين المذكورين صحة عقد المطعون عليه الاول ،ومردود فى الوجهين الثانى والثالث بان الطاعن لم يقدم ما يدل على ان المستندات التى تحدى بها فى الوجه الثانى قد سبق عرضها على محكمة الاستئناف ، كما انه لم يقدم صور التحقيقات التى علم ان الحكم اساء الاستخلاص منها ولا ما يدل على ان محضر التسليم المودع بملف الطعن كدليل على وضع يده كان مقدما لمحكمة الاستئناف ، ومن ثم يكون النعى بهذين الوجهين عاريا عن الدليل ، أما ما قاله الطاعن عن اسبقية تسجيل صحيفة دعواه على تسجيل صحيفه دعوى المطعون عليه الاول فمردود ذلك ان الحكم المطعون فيه قرر فى هذا الخصوص ان المفاضلة المؤسسة على اسبقية التسجيل محلها صدور عقدين جديين من نفس البائع ، اما وان احد العقدين صدر مشوبا بالصورية المطلقة التى تهدم كيان العقد وتمحو كل اثاره القانونية وهو

ما خلصت اليه المحكمة من مجموع التحقيقات فلا محل للمفاضلة ، وهـذا الذى قـرره الحكم لا مخالفـة فيـه للقـانـون .(نقض ٨ / ٢ / ١٩٦٢ – السنة ١٣ الجزء الأول ص ٢١٥) .

٧ – ومن حيث أنه يبين من الأوراق أن الطاعنين تمسكوا أمام محكمة الموضوع بدرجتيها بأن الوارث يتقيد فى الإثبات بما كان يتقيد به مورثة وأنه لا يجوز للوارث أن يثبت بغير الكتابة صورية سند صادر من مورثه إلا إذا كان طعن الوارث فى هذا السند أنه يخفى وصية أو أنه صدر فى مرض الموت ورتب الطاعنون على ذلك أنه إذا كان التصرف موضوع العقدين محل النزاع بيعا منجزا ولم يصدر فى مرض موت المورث ، فإنه لا يجوز للمطعون عليها الأولى إثبات صورية هذين العقدين بغير الكتابة . وقد قضت المحكمة الابتدائية بإحالة الدعوى إلى التحقيق لتثبت المطعون عليها الأولى بكافة طرق الإثبات أن العقدين المذكورين عقدان صوريان لأنهما وصية وليسا بيعا « هكذا ينص حكمها » وبعد أن سمعت شهود الطرفين إثباتا ونفيا آقامت قضاءها ببطلان العقدين على ما قررته فى حكمها القطعى الصادر فى ١٥ من أبريل سنة ١٩٥٦ من آنه « ثبت للمحكمة آن هذين العقدين المؤرخ أولهما فى ٢ / ٨ / ١٩٤٨ والمسجل برقم ٤٠٠٤ وثانيهما المؤرخ ١٨ / ٤ / ١٩٤٨ والمسجل برقم ٢٥٠١ إنما هما لم يقصد بهما شىء سوى التحايل على قواعد الإرث لا آكثر من ذلك فلم تنصرف نية المتعاقدين فيهما إلى أى معنى من المعانى التى ساقها المدعى عليهم الأول والثانى والخامسة – الطاعنون – بمذكرتيهم سالفتى الذكر وآن أى مكتوب يقصد به الخروج على قواعد الميراث يكون باطلا إذ آن قواعد التوريث من النظام التى لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها » وقالت المحكمة فى موضع آخر من حكمها هذا « وحيث إن الرد على ما آثاره المدعى عليهم المذكورين بمذكرتهم يخلص فى آن هذه الحالة المعروضة على المحكمة تغاير تماما ما ذهبوا إليه فإننا لسنا بصدد عقود من النوع الذى أشاروا إليه وإنما نحن بصدد عقدين طعن عليهما بالصورية المطلقة باعتبار أنهما ما قصد بهما إلا التحايل على قواعد التوريث التى هى من النظام العام فليسا بوصية وليسا بيعا كما وصفا بذلك » ولما طعن الطاعنون فى هذا الحكم

بطريق الاستئناف وتمسكوا بعدم جواز إثبات الصورية - ولو كانت مطلقة - بغير الكتابة مادام التصرف منجزا أيدت محكمة الاستئناف الحكم الابتدائى وأخذت بأسبابه وأضافت إليها ردا على دفاع الطاعنين سالف الذكر مايأتى « بما أن هذا الزعم فى غير محله إذ أنه لا جدال فى أن الوارث يعتبر من الغير فيما يضره من تصرفات المورث لباقى الورثة وأنه لا يعتبر خلفا عاما للمورث إلا فى مواجهة غير الورثة » . ولما كان التحايل الممنوع على أحكام الإرث لتعلق الإرث بالنظام العام هو ما كان متصلا بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعا كاعتبار شخص وارثا وهو فى الحقيقة غير وارث أو العكس وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل فى التركات المستقبلة كإيجاد ورثة قبل وفاة المورث غير من لهم حق الميراث شرعا أو الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية ويترتب على هذا أن التصرفات المنجزة الصادرة من المورث فى حياته لأحد ورثته تكون صحيحة ولو كان المورث قد قصد بها حرمان بعض ورثته لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته أما ما يكون قد خرج من ملكه حال حياته فلا حق للورثة فيه ، وكان الوارث لا يعتبر فى حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه وإن كان فى ظاهره بيعا منجزا إلا أنه فى حقيقته وصية إضرارا بحقه فى الميراث أو أنه صدر فى مرض موت المورث فيعتبر أن ذلك فى حكم الوصية لأنه فى هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التى قصد بها التحايل على قواعد الإرث ، أما إذا كان مبنى الطعن فى العقد أنه صورى صورية مطلقة فإن حق الوارث فى الطعن فى التصرف فى هذه الحالة إنما يستمده من مورثه وليس من القانون ومن ثم فلا يجوز له إثبات طعنه إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الأثبات ، ولما كان الحكم الإبتدائى الذى أخذ الحكم المطعون فيه بأسبابه وإن قرر أن العقدين المطعون فيهما قد قصد بهما التحايل على قواعد التوريث إلا أنه نفى فى نفس الوقت أنه قصد بهما الإيصاء وقال إن نية المتعاقدين فيهما لم تنصرف إلى أى معنى من معانى الوصية أو البيع أو غيرهما وأنهما صوريان صورية مطلقة ، وكان الحكم المطعون فيه قد أضاف إلى هذا

الذى قرره الحكم الإبتدائى أن الوراث يعتبر من الغير فيما يضره من تصرفات المورث لباقى الورثة دون أن يفرق فى ذلك بين المنجز من هذه التصرفات والمضاف فيه التمليك إلى ما بعد الموت مع اختلاف حكم القانون فى كل من النوعين كما أضاف الحكم أن الوارث لا يعتبر خلفا عاما للمورث إلا فى مواجهة غير الورثة وهو تقرير غير صحيح على إطلاقه كما يتضح من القواعد القانونية المتقدم ذكرها لما كان ذلك ، فإن الحكم المطعون فيه بتقريره هذا وذاك وبما أخذ به من أسباب الحكم الإبتدائى يكون قد أخطأ فهم القواعد القانونية الواجب إعمالها وشاب الاضطراب والتجهيل أسبابه القانونية بما تعجز معه محكمة النقض عن ممارسة حقها فى مراقبة تطبيق القانون ومن ثم يتعين نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن .

(نقض جلسة ٩ / ٤/ ١٩٦٤ - السنة ١٥ ص ٥٣٠) .

٨ - وحيث إن هذا النعى فى شقة الأول غير سديد ، ذلك أنه يبين من الحكم الابتدائى الصادر فى ٢٠ / ١٢ / ١٩٦٢ أنه بعد أن استعرض دفاع المطعون ضدهما الأول والثانى على النحو المبين بمذكرتهما الثانية المقدمة لجلسة ٢٩ / ٣ / ١٩٦٢ والتى تمسكا فيها بتملك الأطيان محل النزاع بالتقادم الخمسى ، قضى فى منطوقه بالإحالة إلى التحقيق لإثبات وضع يدهما على هذه الأطيان ومدته وسببه وقد رفض فى أسبابه الادعاء بالتملك بالتقادم الخمسى لانتفاء السبب الصحيح وحسن النية اللازم توافرها للتملك بهذا التقادم ، ولم تتضمن هذه الأسباب أية إشارة إلى دفاع المطعون ضدهما الأولين بصورية عقد مورث الطاعنين وهو الدفاع الذى آبدياه فى مذكرتهما الأولى المقدمة لجلسة ٢٩ مارس سنة ١٩٦٢ . لما كان ذلك وكان القضاء النهائى لا قوة له إلا فيما يكون قد فصل فيه بين الخصوم بصفة صريحة أو بصفة ضمنية حتمية سواء فى المنطوق أو فى الأسباب التى لا يقوم المنطوق بدونها ، وعلى ذلك فإن ما لم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعا لحكم يحوز قوة الأمر المقضى . لما كان ذلك وكان يبين من الحكم الصادر فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٦٢ أنه اقتصر على بحث دفاع المطعون ضدهما الأولين الخاص بتملك العقار المتنازع عليه بالتقادم الخمسى ،

وقطع بعدم توافر السبب الصحيح وحسن النية لديهما ولم يتنبه إلى ما كان قد أبدياه فى مذكرتهما المقدمة لجلسة ٢٩ من مارس سنة ١٩٦٢ من طعن بصورية عقد مورث الطاعنين ، فلم يشر إلى هذا الدفاع فى أسبابه ولم يعرض له فيها ولا فى منطوقه فإنه لا يمكن القول بعد ذلك أنه فصل فى هذا الدفاع وقضى ضمنا بجدية ذلك العقد قضاء حاز قوة الأمر المقضى . ولا صحة لما يقوله الطاعنون من أن الحكم المذكور الصادر فى ٢٠ من ديسمبر سنة ١٩٦٢ قد فاضل بين عقد مورثهم وبين عقد المطعون ضدهم الأولين بما يدل على أنه اعتبر عقد المورث جديا ، ذلك أن البين من أسبابه أنه وإن كان قد قرر فيها أن عقد المطعون ضدهما الأولين سجل بعد تسجيل عريضة دعوى صحة التعاقد التى أقامها مورث الطاعنين إلا أن هذا التقرير إنما جاء فى مقام التدليل على انتفاء حسن النية اللازم توافره لتملك العقار بالتقادم الخمسى وهو التملك الذى حصر الحكم بحثه فيه ولم يجر أية مفاضلة بين العقدين لمعرفة أيهما أفضل وأولى بالإعمال . لما كان ذلك وكان ما قرره ذلك الحكم من انتفاء حسن النية اللازم للتملك بالتقادم الخمسى لدى المطعون ضدهما الأولين لا يتضمن حتما اعتبار عقد مورث الطاعنين جديا إذ لا تلازم بين الأمرين ، فإن الحكم المذكور وهو لم ينظر على أى وجه فى أمر صورية عقد المورث وعدم صوريته لا يمكن أن تكون له قوة الشىء المقضى فيه بالنسبة لهذه المسألة . والنعى فى شقة الثانى مردود بأن المشترى - وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة - يعتبر فى أحكام الصورية من الغير بالنسبة للتصرف الصادر من البائع إلى مشتر آخر ومن ثم يكون له أن يثبت صورية هذا التصرف بكافة طرق الإثبات ، وهذه القاعدة قد قننتها المادة ٢٤٤ من القانون المدنى القائم حيث نصت على أن لدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضربهم ، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه لم يخطئ فى القانون إذ أجاز للمطعون ضدهما الأولين إثبات صورية العقد الصادر من البائع إلى مورث الطاعنين بغير الكتابة .

وحيث إن الطاعنين ينعون بالسببين الثالث والرابع على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والاخلال بحق الدفاع ، ويقولون فى بيان ذلك

أنه اعتمد فى قضائه بصورية عقد مورثهم على التحقيق الذى تم أمام محكمة أول درجة بجلسة ١٩ / ١٢ / ١٩٦٣ تنفيذا لحكمها الصادر فى ٢٥ / ٤ / ١٩٦٣ فى حين أنهم اعترضوا على هذا الحكم فى جلسة التحقيق وأجابتهم المحكمة إلى طلب العدول عنه لعدم جواز إثبات الصورية بالبينة وبذلك صارت الدعوى وكأن لم يصدر فيها حكم بالإحالة إلى التحقيق وأصبح محضر التحقيق لا وجود له قانونا ، ولذلك يكون اعتماد الحكم المطعون فيه على هذا التحقيق مخالفا للقانون ، وكان يتعين على محكمة الاستئناف وقد رفضت الأخذ بوجهة نظر الطاعنين فى عدم جواز إثبات الصورية بالبينة أن تصدر حكما بإحالة الدعوى إلى التحقيق من جديد لسماع شهودهم فى نفى الصورية ، وإذ هى لم تفعل واكتفت فى إثبات صورية عقد مورثهم بأقوال شاهدى المطعون ضدهما الأولين فى التحقيق الذى أجرته محكمة أول درجة ولم تأذن لهم فى نفى هذه الصورية ، فإنها تكون قد فوتت عليهم فرصة الدفاع وأخلت بحقهم فيه ، هذا إلى أنها رفضت الاستجابة إلى طلب الطاعنين مد أجل الحكم للرد على المذكرة المقدمة من المطعون ضدهما الأولين بعد انقضاء الميعاد المحدد لهما رغم أنها قبلت هذه المذكرة وأخذت بها فى أسباب حكمها .

وحيث إن هذا النعى غير صحيح ، ذلك أن الحكم الإبتدائى الصادر فى ٢٥ / ٤ / ١٩٦٣ قضى بإحالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت المطعون ضدهما الأول والثانى بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة أن العقد الصادر لمورث الطاعنين عن القدر موضوع النزاع هو عقد صورى صورية مطلقة وأذنت المحكمة للطاعنين ولباقى المدعى عليهم بنفى هذه الصورية بذات الطرق . ويبين من محاضر التحقيق الذى أجرته محكمة أول درجة تنفيذا لحكمها هذا أن المطعون ضدهما الأول والثانى أحضرا شاهدين للإثبات فى أول جلسة حددت للتحقيق وطلب الطاعنون التأجيل لإعلان شهودهم واستجابت المحكمة لهذا الطلب وأجلت التحقيق أربع مرات ليعلن الطاعنون شهودهم وفى جلسة ١٩ / ١٢ / ١٩٦٣ قرر الحاضر عن الطاعنين أنه استغنى عن إحضار الشهود اكتفاء بدفاعه فى الدعوى فسمعت المحكمة فى هذه الجلسة شاهدى الإثبات . لما كان ذلك وكانت محكمة أول درجة خلافا لما يقوله الطاعنون لم تعدل عن حكم

التحقيق الذى أصدرته فى ٢٥ إبريل سنة ١٩٦٣ لأن العدول المقصود بالفقرة الأولى من المادة ١٦٥ من قانون المرافعات يكون بعدم تنفيذ إجراء الإثبات الذى أمرت به المحكمة وصرف النظر عنه وهو ما لم تفعله المحكمة الابتدائية بالنسبة لحكم الإحالة إلى التحقيق آنف الذكر ، إذ هى نفذته فعلا وسمعت الشهود الذين حضروا أمامها ، وإنما ما حصل هو أن المحكمة رأت بعد تنفيذ ذلك الحكم ألا تأخذ بنتيجة التحقيق الذى أجرته عملا بحقها المقرر فى الفقرة الأخيرة من المادة ١٦٥ المشار إليها وذلك لما رأته خطأ من عدم جواز إثبات صورية عقد مورث الطاعنين بغير الكتابة . وإذ كانت محكمة الاستئناف قد رأت أن تأخذ بالرأى القانونى الصحيح الذى يقضى بجواز إثبات هذه الصورية بكافة الطرق فإنه لا عليها إذ هى اعتمدت فى إثبات هذه الصورية على أقوال شاهدى المطعون ضدهما الأولين فى التحقيق الذى أجرته محكمة أول درجة ، لأن محضر هذا التحقيق يعتبر من أوراق الدعوى المطروحة على محكمة الاستئناف بسبب نقل الدعوى بحالتها إليها وطالما أن هذا المحضر لم يشبه البطلان فى ذاته فإنه ليس ما يمنع تلك المحكمة من الأخذ به . أما ما يعزوه الطاعنون إلى محكمة الاستئناف من خطأ لعدم تمكينهم من نفى الصورية بشهادة الشهود بعد أن رأت جواز إثباتها بغير الكتابة ، فإنه مردود بأن الطاعنين وقد تخلفوا عن إعلان شهودهم أمام محكمة أول درجة على الرغم من إتاحة الفرصة الكافية لهم لإعلانهم وقرروا بلسان محاميهم الحاضر أمام تلك المحكمة باستغنائهم عن إحضار شهود لنفى تلك الصورية اكتفاء بما قدموه من دفاع فى الدعوى ولم يطلبوا من محكمة الاستئناف إحالة الدعوى إلى التحقيق لتمكينهم من نفى الصورية بشهادة الشهود فإنه لا يكون لهم بعد ذلك أن يعيبوا على محكمة الاستئناف عدم اتخاذها هذا الإجراء من تلقاء نفسها إذ الأمر فيه يصبح فى هذه الحالة من إطلاقاتها ، ومادامت هى قد رأت فى أوراق الدعوى وظروفها ما يكفى لتكوين عقيدتها فإنها لم تكن فى حاجة إلى اتخاذ ذلك الإجراء متى اطمأنت ـ فى حدود سلطاتها التقديرية – إلى أقوال شهود المطعون ضدهما الأولين فى إثبات صورية عقد مورث الطاعنين وما دام الطاعنون لم يعلنوا أمامها أنهم عدلوا عما قرروه أمام

المحكمة الابتدائية من الاستغناء عن إحضار شهود لنفى الصورية اكتفاء بما قدموه من دفاع فى الدعوى ولم يطلبوا حتى فى مذكرتهم الأخيرة التى قدموها إلى محكمة الاستئناف وطلبوا فيها مد أجل الحكم ، سماع شهودهم لنفى الصورية ، ومادامت المحكمة لم تر فيما قدموه من دفاع ما ينقض أقوال الشهود الذين اطمأنت إليهم . لما كان ذلك وكان الثابت مما نقله الحكم المطعون فيه عن مذكرة المستأنفين (المطعون ضدهما الأول والثانى) التى قدماها بعد انقضاء الميعاد المحدد لهما لتقديم المذكرات أنها تناولت أسباب الاستئناف بالايضاح والاستشهاد بنصوص القانون وأحكام القضاء ، وكان ما ورد بهذه المذكرة لا يتضمن جديدا وإنما هو ترديد للدفاع الذى تمسكا به فى صحيفة الاستئناف وأمام محكمة أول درجة فإن الحكم المطعون فيه إذ أشار فى أسبابه إلى مضمون هذه المذكرة لا يكون قد أخل بحق الدفاع ومن ثم يكون النعى بهذين السببين على غير أساس .

وحيث إنه لما تقدم جميعه يتعين رفض الطعن .

(نقض ٦ / ٢ / ١٩٦٩ السنة ٢٠ ص ٢٧٨) .

٩ – من حيث أن الطاعن وإن كان قد بادر بإعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى المشترية والبائعين قبل أن يوجه إليه أيهم الانذار الرسمى المنصوص عليه فى المادة ٩٤٠ من القانون المدنى وأودع خزانة المحكمة الثمن الذى علم بأن البيع حصل به وقدره ٥٥٠ جنيها ثم رفع دعوى الشفعة طالبا أخذ العقار بالشفعة مقابل الثمن الذى أودعه مبديا استعداده لتكملته فى حالة ثبوت حصول البيع بأكثر منه إلا أنه حين قدمت المشترية عقد البيع الصادر إليها من البائعين والثابت فيه حصول البيع مقابل ثمن قدره ألف جنيه ولم يقم الطاعن بإيداع الفرق بين هذا المبلغ وبين ما أودعه ، وإنما لجأ إلى الطعن بصورية الثمن الوارد فى العقد ، وإذ كانت محكمة الاستئناف قد انتهت إلى أن الثمن المذكور فى العقد هو الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع فعلا وكان الطاعن (طالب الشفعة) لم يودع كل الثمن طبقا لما توجبه المادة ٩٢٤ من القانون المدنى بعد أن علم به علما يقينيا من عقد البيع الذى قدمته المشترية فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بسقوط حقه فى الأخذ بالشفعة لعدم إيداع

كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع وذلك بالتطبيق لنص الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ من القانون المدنى فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا لأنه إذا صح للطاعن أن يحتج بعدم علمه بحقيقة الثمن الذى حصل به البيع عند الإيداع ورفع دعوى الشفعة ، فإنه لا يكون لهذا الاحتجاج وجه بعد تقديم عقد البيع من المشترية الثابت به الثمن الذى حصل به البيع ، كما لا يعفى الطاعن من إيداع هذا الثمن لكونه طعن عليه بالصورية لأنه فى هذه الحالة يكون مجازفا فيتحمل خطر هذه المجازفة إذا أخفق فى إثبات هذه الصورية .

(نقض ١/٥/٦٩ - السنة ٢٠ ص ٧١١) .

١٠ - وحيث إن الحكم المطعون فيه قرر بصدد التدليل على صورية عقد الطاعنة مايأتى : « إن الثابت من أقوال شهود المستأنفة (المطعون ضدها الأولى) أمام محكمة أول درجة أن المستأنف عليه (المطعون ضده الثانى) لم يكن جادا فى تصرفه وأنه إنما تظاهر بالبيع للمستأنف عليها الثالثة (الطاعنة) وهى التى تستأجر ذات المنزل بسبب الخصومة العنيفة التى شجرت بين المستأنفة المشترية وبين زوجها البائع لها وكان من أثر هذا الخلاف أن استصدرت المستأنفة حكما بالنفقة ولعدم دفع النفقة استصدرت حكما بالحبس فى القضيتين ١٥٦٦ سنة ١٩٥٣ روض الفرج الشرعية ، ٥٠٥ سنة ١٩٥٤ روض الفرج الشرعية . وقد شهد شهود المستأنفة أن المستأنف عليها الثالثة المشترية الثانية (الطاعنة) تستأجر المنزل موضوع عقد المستأنفة وأن الخلاف شجر بين الزوجينْ فى مايو سنة ١٩٥٣ تقريبا ولعدم الصلح رفعت المستأنفة دعوى النفقة وصدر لها حكم بها ونفذته المستأنفة وطلب المستأنف عليه الأول الزوج من أحد الشهود التوسط فى الصلح وأصرت الزوجة على تسجيل العقد أولاً كشرط للصلح . كما شهد شاهد آخر أنه لا يعرف شيئا عن عقد المستأنف عليها الثالثة وشهد بالخلاف بين الزوجين . وشهد ثالث أن الزوجة المستأنفة كانت تقيم بجواره قبل زواجها وبقيام الخلاف عادت لمنزلها الأصلى ورفعت المذكورة دعوى نفقة وأخذت فى تسجيل عقدها إلا أن المستأنف سارع بالتصرف فى المنزل إلى الأخرى وحاول هو أى الشاهد ووالدته أن يصلح بين الزوجين ولكنها أى

الزوجة اشترطت تسجيل العقد وأقر المستأنف عليه الأول أمامه أن البيع غير جدى وأنه قصد به الضغط على المستأنفة لكى تقبل الصلح وإذا ما تم فإنه على استعداد لإنهاء العقد الثانى وأنه لم يبع للست عزيزة ولكن ليس فى وسعه دفع دين النفقة . وهذه الأقوال الأخيرة صريحة ومصدرها المستأنف عليه الأول وحده وحكاية الخلف والنزاع والاحتكام للقضاء وصدور حكم النفقة والحبس كل ذلك ثابت تماما ، أما ما شهد به شاهدا المستأنف عليها الثالثة فإن ما شهدا به لا يقطع مطلقا فى جدية العقد إذ شهدا بما كان قد حدث أمامهما حسب الظاهر لهما فقط من باب التمثيل كما قالت المستأنفة حقا فى صحيفة استئنافها . والعبرة بنية المتصرفين وقد وضحت تماما أنها غير جدية وأن الغرض منها خلق عقد ظاهر للضغط على المستأنفة وواضح أن محكمة أول درجة لم تطمئن لهذا الظاهر من القول إلا بسبب مكانة هذين الشاهدين المذكورين فحسب إلا أن هذه المكانة لا تتعارض مع صورة الظاهر وأن الحقيقة التى خفيت عليهما هى ما شهدا به شهود المستأنفة وبالتالى يكون التعاقد الثانى بالنسبة للمستأنفة صوريا » ويبين من نهج الحكم فى سرده لأقوال شهود المطعون ضدها الأولى أن ما تنعاه عليه الطاعنة من مخالفته للثابت بالأوراق غير صحيح ، ذلك أنه بإمعان النظر فيه يبين أنه حين سرد أقوال الشهود خص كل شاهد بما شهد . ومن هذا التخصيص يتضح أن واقعة استئجار الطاعنة للمنزل المبيع قد نسبت فى الحكم المطعون فيه – وبما يتفق والثابت فى محضر التحقيق – إلى أحد الشهود دون الباقين وعلى هذا الأساس عول عليها الحكم – أما ما نسبه الحكم إلى الشهود من قولهم بأن المطعون ضده الثانى لم يكن جادا فى تصرفه وذلك رغم عدم قول أحد الشهود بذلك فإن الواضح أيضا من سرد الحكم لأقوال الشهود أنه قرر أن أحد الشهود لا يعرف شيئا عن عقد الطاعنة ومن ثم فقد كان الحكم على بينة من عدم إجماع الشهود على تلك الواقعة – على أنه إن جاء بالحكم ما يفيد نسبة هذه الواقعة إلى شهود المطعون ضدها فإن الحكم قد أورده فى مقام الاستخلاص الذى ينظر فيه إلى التعميم والتغليب – وبذلك يكون تعييب الحكم بمخالفة الثابت بالأوراق غير صحيح – لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد

استخلص فى نطاق سلطته الموضوعية توافق إرادة طرف العقد على الصورية ودلل على ذلك بأسباب سائغة من شأنها أن تؤدى إلى ما انتهى إليه ولم يخرج بأقوال الشهود عما يؤدى إليه مدلولها . لما كان ذلك ، وكان تقدير أدلة الصورية هو مما يستقل به قاضى الموضوع لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى فإنه لا رقابة عليه لمحكمة النقض فيه . ولا محل لما تنعاه الطاعنة على الحكم من قصور فى الرد على إنكار المطعون ضده الثانى لما نقله عنه شاهدا الإثبات لأن اعتماد الحكم لأقوال هذين الشاهدين ينطوى على إطراح لهذا النفى وفيه الرد الضمنى عليه .

وحيث إن الطاعنة تنعى بالسبب الخامس على الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بصورية عقد الطاعنة على شهادة الشهود وعلى قرائن أخرى ساقها . ولما كانت شهادة الشهود محل تعييب بالنعى السابق وكانت القرائن التى ساقها الحكم هى بدورها معيبة بالتناقض وفساد الاستدلال ـ فى نظرها - فإن الحكم إذ أقام قضاءه على تلك الأدلة مجتمعة يكون باطلا .

وحيث إن هذا النعى مردود بأن الحكم المطعون فيه إذا قضى بصورية عقد الطاعنة أقام قضاءه - على ما صرح به فى أسبابه - على دعامتين مستقلتين إحداهما عن الأخرى ، الأولى شهادة الشهود والثانية القرائن التى ساقها الحكم وإذ كانت الدعامة الأولى قد استقامت وكافية وحدها لحمل الحكم فإن النعى على الدعامة الثانية بفرض صحته يكون غير منتج .

(النقض ٢٨ / ٥ / ١٩٦٤ - السنة ١٥ - ص ٧٥٠) .

١١ - وحيث أن الثابت من الحكم الابتدائى ومن الحكم المطعون فيه أن الطاعن تمسك بأن العقد موضوع الدعوى ليس بيعا بل أنه فى حقيقته رهن حرر ضمانا لدين كان قد صدر به حكم فى الدعوى رقم ٦٦٠ سنة ٥٣ كلى المنيا لصالح المطعون عليه ضد ورثة المرحوم سيد حسن ومن بينهم زوجة الطاعن ، وطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ما أدعاه ، فرد المطعون عليه الأول على هذا الدفاع بعدم جواز إثبات الصورية المدعاة إلا بالكتابة غير أن محكمة أول درجة رفضت هذا الدفاع وقضت بإحالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت الطاعن أن العقد ليس

بيعا باتا ، بل إنه فى حقيقته رهن ، وبعد سماع شهود الطاعن قضت محكمة أول درجة برفض الدعوى . وإذ استأنف المطعون عليه الأول هذا الحكم ، وتمسك بعدم جواز إثبات الصورية المدعاة بالبينة أجاب الحكم المطعون فيه المطعون عليه الأول إلى طلبه وقضى بعدم جواز إثبات الصورية بالبينة إستنادا إلى قوله « إنه من المقرر قانونا وفقها وقضاء أنه لا يجوز الإثبات بالبينة ولو لم تزد القيمة على عشرة جنيهات فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى ، كما أنه فى العقد الصورى الثابت بالكتابة لا تثبت الصورية فيما بين المتعاقدين إلا بالكتابة حتى لو كانت قيمة العقد لا تزيد على عشرة جنيهات ولم يستثن القانون من هذه القاعدة إلا حالات معينة حددها على سبيل الحصر حيث أجاز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة أو إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ، كما أجاز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى أو إذا فقد الدائن سنده الكتابى لسبب أجنبى لا يد له فيه » ورتب الحكم على ذلك القضاء بصحة العقد موضوع الدعوى باعتبار أنه بيع . ولما كانت هذه الصورية التدليسية التى تقوم على إخفاء رهن وراء البيع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تعد تحايلا على القانون بما يترتب عليه بطلان البيع ، وللمتعاقد أن يثبت بكافة الطرق ومنها البينة والقرائن أن العقد لم يكن بيعا وإنما هو على خلاف نصوصه يخفى رهنا ، وإذ حجب الحكم المطعون فيه نفسه بهذا التقرير القانونى الخاطئ عن بحث ما تمسك به الطاعن من أن العقد ليس بيعا باتا بل إنه يخفى رهنا على النحو سالف البيان وأنه يجوز إثبات هذه الصورية النسبية التدليسية بالبينة والقرائن ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه القصور فى التسبيب بما يقتضى نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن .

(نقض جلسة ٢٧ / ٤ / ١٩٧١ - السنة ٢٢ ص ٥٧١) .

١٢ - وحيث إن هذا النعى مردود ، ذلك أن الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتأييد الحكم المستأنف على قوله « وحيث إن المحكمة ترى فى الدعوى الكثير من القرائن التى تدل على صورية عقد المستأنفين

« الطاعنين » وأن الأمر بهذه الصورة يغنى عن الشهود كما يغنى عن ندب خبير لمعرفة مدى ما تساويه العين المبيعة من ثمن ، وهل الثمن المذكور فى عقد المستأنفين يوازى قيمة تلك العين أم ينقص عنها ، ذلك أن الصورية تعنى أن بيعا ما لم يتم فلا ثمن مهما ذكرت قيمته قد دفع ولا ملكية إنتقلت ، وإنما هى ورقة سودت ببيانات لا تمثل الحقيقة فى شىء وقصد بها الحيلولة دون المستأنف عليهم الثمانية الأول وما اشتراه مورثهم من المستأنف عليه التاسع . وحيث إن المحكمة ترى أن هذه القرائن هى (١) الصلة الناتجة من الزوجية بين المستأنفة الثانية ، والمستأنف عليه التاسع ، فلئن صح أنه طلقها ولم يردها إلى عصمته بعد الطلقة الأولى فقد ظل بينهما رباط لا يقبل الانفصام هو سوسن ابنتهما معا (٢) صلة المصاهرة بين المستأنف الأول والمستأنف ضده التاسع ، فإن ابن الأول زوج لكريمة الثانى التى هى فى الوقت نفسه كريمة المستأنفة الثانية وذلك ثابت من وثيقة الزواج المؤرخة ٢٠ / ٢ / ١٩٥٥ (٣) توقيع المستأنفة الثانية على عقد البيع الصادر لمورث المستأنف عليهم الثمانية الأول كضامنة متضامنة مع البائع يؤكد أن عقدها الذى تتمسك به لم يكن قد صدر بعد ، فلو أنه كان حقيقيًا وصادرا فى سنة ١٩٤٩ كما صور لكان الأولى أن تعترض المستأنفة الثانية على البيع وأن تتمسك بشرائها لا أن تضمن صحة البيع إلى مورث المستأنف عليهم الثمانية الأول ، أما إنكارها التوقيع تارة وتلويحها بالطعن بالتزوير تارة أخرى دون اتخاذ الإجراءات القانونية للطعن الفعلى بأيهما ، فقد أوضحت المحكمة فيما سبق إلتفاتها عنه (٤) عقد الإيجار الصادر فى ١ / ١٢ / ١٩٥٣ هذا العقد الذى لم يوجه إليه المستأنفان أى مطعن ينفى قولهما بوضع يدهما على المنزل (٥) الشهادة الصادرة من مأمورية الشهر العقارى والتى جاء بها أن المستأنفة الثانية سبق أن تقدمت بطلب قيد برقم ٣٣٠٧ سنة ١٩٥٤ تطلب فيه البيانات المساحية عن مشتراها وحدها المنزل موضوع النزاع من المستأنف ضده التاسع ، تدل على أنه حتى سنة ١٩٥٣ تاريخ ذلك الطلب لم يكن العقد - المذكور فيه أنها إشترت بحق الربع والمستأنف الثانى بحق الثلاثة أرباع - له وجود ، وأنه اصطنع بعد ذلك ليحقق

حرمان مورث المستأنف عليهم الثمانية الأول من المنزل موضوع النزاع مع تفادى أمر توقيع المستأنفة الثانية على عقد المشترى مورث المستأنف عليهم الثمانية الأول كضامنة متضامنة مع المستأنف ضده التاسع البائع ، ذلك التفادى الذى لم يكن ممكنا الوصول إليه مع تحرير عقد الشراء الذى قدم عنه الطلب سالف الذكر باسم المستأنفة الثانية وحدها » وهذا الذى قرره الحكم هو استخلاص موضوعى سائغ ومؤد إلى ما انتهى إليه من صورية عقد الطاعنين ، ولا ينال منه قول الطاعنين أن صلة المصاهرة بين البائع وبين الطاعن الأول لم تبدأ إلا من ٢٠ فبراير سنة ١٩٥٥ وهو تاريخ لاحق للعقدين لأن للحكم وهو فى مقام إثبات الصورية أن يتخذ من العلاقة السابقة على المصاهرة والتى إنتهت بها قرينة على الصورية ، وأما ما يثيره الطاعنان من أن الحكم أثبت بيانا غير صحيح لرابطة المصاهرة هذه ، فإنه نعى غير مقبول لوروده فى تقرير الطعن مجهلا ، إذ هما لم يفصحا عن ماهية هذا البيان الذى يدعيان عدم صحته ، وإذ كان ذلك ، وكانت الصورية فى الدعوى غير قابلة للتجزئة فإنه يكون لمحكمة الموضوع أن تعول فى قضائها بها على قرائن تتعلق بشخص الطاعنة الثانية ، ولا عليها إن هى إعتمدت على الأوراق المقدمة منها إلى الشهر العقارى أو على العلاقة بينها وبين البائع للتدليل على هذه الصورية ، ومتى كان ذلك وكانت محكمة الاستئناف قد استفادت من الأوراق أن إنكار الطاعنة لتوقيعها على عقد مورث المطعون عليهم كضامنة متضامنة مع البائع هو إنكار غير جدى ، وكان ذلك مما يدخل فى سلطتها الموضوعية وجعلت من هذا التوقيع قرينة على الصورية فإن ما ساقته فى هذا الصدد سائغ ومؤد إلى ما انتهت إليه . وما ذكره الحكم عن عقد الإيجار الصادر من مورث المطعون عليهم إلى البائع يدل سياقه على أن المحكمة أرادت أن تنفى عن البائع وضع يده كمالك ومن ثم فلا محل لتحدى الطاعنين بأن هذا العقد ورقة عرفية لا حجية له بالنسبة لهما ، ذلك أن الحكم قد دلل على صورية عقدهما بالأسباب التى ساقها ، ومتى تقرر هذا وكانت كل القرائن التى ساقها الحكم متساندة وتؤدى فى مجموعها إلى النتيجة التى انتهى إليها ، فإنه لا يجوز للطاعنين الإدعاء بأن كل قرينة على حدة ليست كافية بذاتها للتدليل على

الصورية ، وعلى هذا يكون النعى فى كل ما تضمنه على غير أساس .
وحيث إنه لما تقدم يتعين رفض الطعن .
(رفض جلسة ٢٦ / ٢ / ١٩٧٠ - السنة ٢١ - ص ٣٨٧) .

١٣ - وحيث إن هذا النعى مردود فى شقه الأول ، ذلك أنه لما كان يبين من الحكم المطعون فيه وعلى ما سلف بيانه فى الرد على البيان السابق أنه أقام قضاءه بصورية عقد الطاعنة على أقوال الشهود وقرائن الأحوال التى استخلصها من وقائع الدعوى وعناصرها ، وهى أدلة وقرائن تكفى لحمل النتيجة التى انتهى إليها فلا على الحكم إن هو لم يتحدث عن الشهادة الصادرة من الجمعية الزراعية لأنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يعيب الحكم أنه لم يتحدث عن بعض القرائن التى ساقها الخصم لتجريح شهادة الشهود التى أخذت بها المحكمة بعد أن اطمأنت إليها ما دامت هذه القرائن غير قاطعة فيما أريد الاستدلال بها عليه ومادام تقديرها خاضعا لسلطة محكمة الموضوع . والنعى فى شقه الثانى غير مقبول ذلك أن الثابت من أوراق الدعوى أن الطاعنة قد تنازلت ضمنا فى الاستئناف المرفوع منها عن الحكم الابتدائى عن دفاعها الذى سبق أن أثارته أمام محكمة اول درجة من عدم الاعتداد بعقد المطعون عليه الثانى لصوريته ، وذلك لتمسكها أمام محكمة الاستئناف بأن عقدها يفضل ذلك العقد لأسبقية تسجيل صحيفة دعواها . ومن ثم فإن هذا الدفاع منها أمام محكمة النقض يعتبر سببا جديدا لا يجوز إبداؤه لأول مرة .
وحيث إنه لما تقدم يتعين رفض الطعن .
(نقض جلسة ٦ / ٢ / ١٩٧٣ - السنة ٢٤ ص ١٤٤) .

١٤ - وحيث إن هذا النعى مردود ذلك أنه لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن تقدير كفاية أدلة الصورية هو مما تستقل به محكمة الموضوع لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى وكان تقدير أقوال الشهود مرهونا بما يطمئن إليه وجدان تلك المحكمة فلها أن تأخذ بأقوال شاهد دون آخر حسبما ترتاح إليه وتثق به ولا سلطان لأحد عليها فى ذلك إلا أن تخرج بتلك الأقوال إلى ما لا يؤدى إليه مدلولها ، كما أن تقدير القرائن هو أيضا مما يستقل به قاضى الموضوع ولا شأن لمحكمة النقض

فيما يستنبطه منها متى كان استنباطه سائغا ؛ لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه بعد أن أورد أقوال شهود الطرفين قضى بقبول الدفع بالصورية وأقام قضاءه فى هذا الخصوص على قوله : « أن الواضح من استعراض أقوال الشهود أن ثمة تناقضا فى أقوال شاهدى المستأنف عليه الثانى الطاعن ، فبينما يقرر الشاهد الأول منهما أن الباقى من الثمن قد اتفق على دفعه عند التسجيل يقرر الشاهد الثانى أن هذا الباقى حرر به كمبيالة فى الوقت الذى يقرر فيه المستأنف عليه الثانى فى كل مذكرات دفاعه أنه قد عجل الثمن كله للبائع قبل التوقيع على عقد البيع الابتدائى ويشير العقد المسجل ذاته فى البند الثانى منه إلى أن الثمن بأكمله وقدره ٩٠٠ ج قد دفع قبل التوقيع على العقد الابتدائى المؤرخ ٢ / ٥ / ١٩٦٦ وقد اختلف الشاهدان أيضا فى تحديد شخص محرر العقد الابتدائى فقرر الشاهد الأول إن محرر العقد يدعى ... ... إذ يقرر الثانى أنه يظهر أن محرر العقد شخص يدعى ... وإذا كان ما تقدم وكان شاهدا المستأنفين قد أجمعا على أن المستأنفين – المطعون ضدهم الخمسة الأول ـ هم الذين يزرعون الأرض ولم يقدم المستأنف عليه الثانى ـ الطاعن – ما يدل على أنه قد وضع يده على الأطيان المقول ببيعها له منذ منتصف سنة ١٩٦٦ فإن الذى تستخلصه المحكمة من كل ذلك أن عقد البيع الصادر من المستأنف عليه الأول – مورث المطعون ضدهم – للمستأنف عليه الثانى هو عقد صورى لا وجود له فى الحقيقة وأنه قصد من تحريره إلى إفلات المستأنف عليه الأول من التزاماته المترتبة على عقد البيع المؤرخ ٢٥ / ١٠ / ١٩٥٨ – الصادر منه لمورثته ومورثه المستأنفين – المطعون ضدهم الخمسة الأول – وكان يبين من ذلك أن الحكم المطعون فيه بعد أن استعرض أقوال الشهود إثباتا ونفيا ووازن بينهما إنتهى إلى ترجيح أقوال شاهدى المطعون ضدهم الخمسة الأول لاطمئنانه إليها وإطراح أقوال شاهدى الطاعن لعدم ثقته فيها لتناقضها ودلل على الصورية بأدلة سائغة مستمدة من أوراق الدعوى ومن شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى إنتهى إليها . لما كان ذلك فإن ما يثيره الطاعن من أسباب النعى لايعدو أن يكون مجادلة فى تقدير الدليل مما لا رقابة

لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فيه .

(نقض ٢٢ / ١ / ١٩٧٤ - السنة ٢٥ ص ٢١٦) .

١٥ - وحيث أن هذا النعى فى محله ذلك أن إجازة إثبات العقد المستتر فيما بين عاقدية بالبينة فى حالة الاحتيال على القانون مقصورة على من كان الاحتيال موجها ضد مصلحته وإذن فمتى كان عقد البيع الظاهر الصادر من المورث لأحد ورثته ثابت بالكتابة فلا يجوز لهذا المورث أن يثبت بغير الكتابة أن هذا العقد يخفى وصية وأنه قصد به الاحتيال على قواعد الارث ، وإنما يجوز ذلك للوارث الذى وقع الاحتيال إضرارا بحقه فى الميراث ، وهو فى ذلك لا يستمد حقه فى الطعن على العقد من مورثه وإنما يستمده من القانون مباشرة ، وإذ كان ذلك وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها الأولى أقامت دعواها بطلب إبطال عقد البيع المؤرخ ٢٢ / ٤ / ١٩٦١ والصادر منها لولديها الطاعن والمطعون ضده الثانى إستنادا إلى أنه يخفى وصية وأنه قصد به تمييزهما فى الميراث احتيالا على قواعد الأرث ، وكان الحكم المطعون فيه قد استند فى إثبات الصورية النسبية إلى أقوال شاهدى المطعون ضدها الأولى (البائعة) التى لم تقدم أى دليل كتابى ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يستوجب نقضه .

(نقض جلسة ١٣ / ١٢ / ١٩٧٦ - السنة ٢٧ ص ١٧٣٨) .

١٦ - وحيث أن هذا النعى فى محله ، ذلك أنه وإن كانت محكمة الموضوع غير ملزمة بإجابة الخصوم إلى ما يطلبونه من إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ما يجوز إثباته بشهادة الشهود إلا أنها ملزمة إذا رفضت هذا الطلب إن تبين فى حكمها ما يسوغ رفضه ، وإذ يبين من الحكم المطعون فيه أنه إستند فى رفض طلب الطاعنين إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات صورية عقد البيع الصادر إلى المطعون عليه الخامس من باقى المطعون عليهم إلى قوله « إن المستأنفين (الطاعنين) وقد قرروا أمام محكمة أول درجة أنه ليس لديهم شهود على الصورية فلا يكون هناك جدوى من إحالة الدعوى إلى التحقيق لأن قولهم هذا تطمئن إليه هذه المحكمة دون قولهم الجديد الذى أبدوه فى الاستئناف » . وكان هذا الذى قرره الحكم لا يصلح سندا لرفض طلب الإحالة إلى التحقيق ، لأن

قول الطاعنين أمام محكمة أول درجة بعدم وجود شهود لديهم على الصورية لا ينفى توصلهم بعد ذلك إلى هؤلاء الشهود ، فإن الحكم المطعون فيه يكون مشوبا بالقصور بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن .

(نقض جلسة ١٣ / ٥ / ١٩٧٦ - السنة ٢٧ ص ١١٤٠) .

١٧ - وحيث أن النعى غير صحيح ، ذلك أنه لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن تقدير كفاية أدلة الصورية هو ما تستقل به محكمة الموضوع لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى وكان تقدير أقوال الشهود مرهونا بما يطمئن إليه وجدان تلك المحكمة فلها أن تأخذ بأقوال شاهد دون آخر حسبما ترتاح إليه وتثق به ولا سلطان لأحد عليها فى ذلك إلا أن تخرج بتلك الأقوال إلى مالا يؤدى إليه مدلولها ، كما أن تقدير القرائن هو أيضا مما يستقل به قاضى الموضوع ولا شأن لمحكمة النقض فيما يستنبطه منها متى كان استنباطه سائغا . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه بعد أن أورد أقوال شهود الطرفين وأثبت أنه تبين من الاطلاع على القضية ... بيوع طنطا الابتدائية أن المحكمة قضت فى ٢٧ / ٤ / ٦٧ بإيقاع بيع ثلاثة آفدنة مملوكة للمطعون الثانى على الطاعنة مباشرة الإجراءات بثمن قدره ٢٠٠ جنيه وفاء لمبلغ ١٥٤ جنيه ، ٦٩٠ مليم متجمد دين نفقة الطاعة ، قرر « إن المحكمة تطمئن إلى شهود المستأنفة - المطعون عليها الأولى - الذين قطعوا بأن المستأنف عليهما - الطاعنة والمطعون عليه الثانى - متواطئان فى استصدار حكم إيقاع البيع فى الدعوى .. .. بيوع طنطا ويكفى فى ذلك أن المستأنف عليه الأول - المطعون عليه الثانى - يظاهر المستأنف عليها الثانية - الطاعنة - فى نزع ثلاثة أفدنة مملوكة له لدين نفقة مقداره ١٥٠ جنيه ودون أن يثبت أنه قد سبق التنفيذ العقارى تنفيذ على المنقولات مع ضآلة الدين المنفذ من أجله ، ثم إن سكوت المستأنف عليه الأول على البيع العقارى بهذا الثمن الذى لا يتناسب البتة مع ثمن الفدان الواحد لما يقطع فى ذاته بتواطئه مع المستأنف عليها الثانية بقصد حرمان المستأنفة من الفدان مشتراها من المستأنف عليه الأول وذلك بإجراءات مرسى المزاد الصورية » وكان يبين من ذلك أن الحكم المطعون

فيه بعد أن استعرض أقوال الشهود إثباتا ونفيا ووازن بينهما إنتهى إلى ترجيح أقوال شهود المطعون عليها الأولى لاطمئنانه إليها وإطراح أقوال شاهدى الطاعنة لعدم ثقته فيهما ، ودلل على الصورية بأدلة سائغة مستمدة من أوراق الدعوى ومن شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى إنتهى إليها لما كان ذلك فإن ما تثيره الطاعنة بوجهى النعى لا يعدو أن يكون مجادلة فى تقدير الدليل مما لا رقابة لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فيه .

(نقض جلسة ١٧ يناير سنة ١٩٧٨ - السنة ٢٩ - ص ٣١٨) .

١٨ - وحيث أن هذا النعى فى غير محله ، ذلك إن محكمة الاستئناف أحالت الدعوى إلى التحقيق تمكينا للطاعن من إثبات طعنه بأن العقد المؤرخ ٥ / ١ / ١٩٦٩ صورى وأنه فى حقيقته وصية رجع عنها الموصى حال حياته ثم أقامت قضاءها بنفى صورية العقد بأنه كان بيعا باتا مقابل الثمن المحدد به والذى قبضه البائع وقت إبرام العقد على ما خلصت إليه من أقوال الشهود وما اطمأن إليه وجدانها على النحو الذى سلف بيانه فى الرد على السببين السابقين وقد أقامت قضاءها فى هذا الشأن على أسباب سائغة تكفى لحمله ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن فى هذا السبب لا يعدو أن يكون جدلا فى تقدير المحكمة للأدلة مما لا يجوز إبداؤه أمام محكمة النقض .

(نقض جلسة ٢٥ / ٣ / ١٩٨٠ - السنة ٣١ ص ٢١٠٢) .

١٩ - تمسك أحد المتعاقدين بالعقد الحقيقى دون الصورى ، عليه عبء إثبات العقد الحقيقى طبقا للقواعد العامة ، وقوع غش أو تحايل من إحدهما ضد الآخر . جواز إثبات وجود العقد الحقيقى بكافة الطرق .

(نقض ١٤ / ٥ / ١٩٨١ - الطعن ٤٥ لسنة ٤٨ ق) .

٢٠ - تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها هو مما تستقل به محكمة الموضوع وتقضى بما يطمئن إليه وجدانها ولها أن تأخذ بمعنى للشهادة دون معنى أخر تحتمله طالما إن المعنى الذى أخذت به لا يتجافى مع عباراتها وحسبها أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تؤدى إلى النتيجة التى إنتهت إليها . لما كان ذلك وكانت محكمة الموضوع فى حدود

سلطتها فى تقدير الأدلة قد اطمأنت إلى أقوال شهود المطعون عليه الأول دون أن تخرج عن مدلولها وخلصت إلى أن العقد أنف الذكر عقد صورى وقد أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله ، ومن ثم فإن النعى على الحكم المطعون فيه فى هذا الخصوص لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض .

(نقض ٣ / ٢ / ١٩٨١ - الطعن ٣٠٣ لسنة ٤٧ ق) .

٢١ - لا يشترط لقبول الدفع بالصورية أن يكون عقد الطاعن سابقا فى تاريخه على التصرف المطعون بصوريته بل ليس هناك ما يحول قانونا من أن يكون حق الطاعن بالصورية تاليا لهذا التصرف فضلا عن أن الطعن بالصورية ينطوى فى ذاته ومرماه على أن العقد المطعون فيه لو صح وأصبح نافذا لا ضر بالمتمسك بصوريته بما يجيز لمن كان حقه تاليا لهذا التصرف أن يطعن بصوريته لما هو مقرر من أنه يجوز للطاعن ولو لم يكن هو المعنى بالتصرف الصورى الطعن فى هذا التصرف بالصورية سواء كان عقده سابقا على التصرف أو تاليا له وإذ جرى الحكم المطعون فيه على خلاف ذلك فإنه يكون قد خالف القانون واخطأ فى تأويله .

(نقض ٢١ / ٣ / ١٩٨١ الطعن ٦٥٤ لسنة ٤٦ ق) .

٢٢ - إذا كانت القرائن التى ساقها الحكم المطعون فيه على ثبوت صورية التصرف محل النزاع هى قرائن متساندة استنبطتها المحكمة من الأوراق المقدمة فى الدعوى وهى سائغة ومن شأنها أن تؤدى إلى ما أنتهى إليه الحكم المطعون فيه ولا تجوز مناقشة كل قرينة منها على حدة لإثبات عدم كفايتها فإن مجادلة الطاعنين فى باقى القرائن التى أقام الحكم عليها قضاءه والقول بعدم كفاية كل قرينة منها فى ثبوت الصورية يكون غير جائز وبالتالى فإن النعى على الحكم فى هذا الصدد لا يعدو أن يكون مجادلة فى تقدير الدليل التى تستقل به محكمة الموضوع وتنحسر عنه رقابة محكمة النقض .

(نقض ٢٦ / ١ / ١٩٨١ - الطعن ١٧١٠ لسنة ٤٩ ق) .

٢٣ - إذ كان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه وإن كان لمحكمة الموضوع أن تقيم قضاءها فى الطعن بالصورية على ما يكفى لتكوين

عقيدتها من الأدلة المطروحة فى الدعوى دون أن تكون ملزمة بإجابة الخصوم إلى طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق إلا أنه لا يجوز لها أن تعول فى ذلك على نصوص المحرر المطعون عليه لما فى ذلك من مصادرة على المطلوب وحكم على الدليل قبل تحقيقه ، فإن الحكم المطعون فيه إذا استدل على انتفاء صورية عقدى البيع بذات نصوصهما والتفت بذلك عن طلب الطاعنين إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات الصورية يكون مشوبا بالفساد فى الاستدلال والاخلال بحق الدفاع .

(نقض ١٩٨٣/١/٢٧ - الطعن ٩٤٧ لسنة ٤٨ ق) .

٢٤ - المقرر فى قضاء هذه المحكمة - إن لقاضى الموضوع مطلق السلطة فى تقدير الأدلة التى يأخذ بها فى ثبوت الصورية أو نفيها ولا رقابة عليه فى ذلك مادام الدليل الذى أخذ به مقبولا قانونا .

(نقض ١٩٨٣/٢/١٧ - الطعن رقم ٦٨٩ لسنة ٤٨ ق) .

٢٥ - المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أنه ولئن كان لقاضى الموضوع مطلق السلطة فى تقدير الأدلة التى يأخذ بها فى ثبوت الصورية أو نفيها ، إلا أن مناط ذلك أن يكون الدليل الذى أخذ به مقبولا قانونا .

(نقض ١٩٨٤/٢/٦ - السنة ٥٣ ق) .

٢٦ - لما كان من المقرر وفقا لقواعد العامة فى الإثبات وما نصت عليه المادتان ٦٠ ، ٦١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أنه لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما يجب إثباته بالكتابة مالم يوجد نص أو اتفاق يقضى بغير ذلك . ويقصد بما يجب إثباته بالكتابة التصرف غير المحدد القيمة أو الذى تزيد قيمته على عشرين جنيها وكذلك ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى وكان المقرر بنص المادة ١٦ من قانون إيجار الأماكن رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ أنه « اعتبارا من تاريخ العمل بهذا القانون تبرم عقود الإيجار كتابة ويلزم المؤجر عند تأجير أى مبنى أو وحدة أن يثبت فى عقد الإيجار .. ويجوز للمستأجر عند المخالفة إثبات واقعة التأجير وجميع شروط العقد بكافة طرق الإثبات .. (وهو نفس ما قررته المادة ٢٤ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧) مما مؤداه أن المشرع قد أجاز للمستأجر فى هذه الحالة واستثناء من قواعد الإثبات سواء أكانت الكتابة غير موجودة أصلا أو وجدت ويراد إثبات ما يخالفها

أو يجاوزها . وغاية المشرع من هذا الحكم المستحدث فى قانون إيجار الأماكن - حسبما يبين من - مناقشة هذا النص فى مجلس الأمة - هو الحد من صور التلاعب والاحتيال على أحكامه سواء بامتناع المؤجر عن تحرير عقد إيجار للمستأجر أو اتخاذه وسيلة لإخفاء أمر غير مشروع ولذلك رخص للمستأجر عند مخالفة ذلك النص إثبات واقعة التأجير وجميع شروط العقد بكافة الطرق . لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه إن الطاعن تمسك بطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات حقيقة العلاقة الإيجارية القائمة بينه وبين المطعون عليه عن شقة النزاع وصورية عقد التمليك المحرر له عنها على خلاف الحقيقة فإن طلبه يكون متفقا وصحيح القانون بما يجيز قبوله . وإذ رفض الحكم المطعون فيه هذا الطلب بمقولة عدم توافر الأدلة والقرائن على وجود الاحتيال أو قيام مبدأ ثبوت بالكتابة للعلاقة الإيجارية فإنه يكون قد خالف القانون واخطأ فى تطبيقه وحجب نفسه بالتالى عن تحقيق دفاع جوهرى للطاعن كان من شأنه لو صح تغيير وجه الرأى فى الدعوى . هذا إلى أن ما ساقه الحكم المطعون فيه تبريرا لقضائه السالف برفض طلب الإحالة إلى التحقيق مشوب بالفساد فى الاستدلال والقصور فى التسبيب ذلك إن المقرر - وعلى ما يجرى به قضاء هذه المحكمة - انه ولئن كان لمحكمة الموضوع إن تأخذ فى قضائها بما ترتاح إليه وتطرح ما عداه باعتبارها صاحبة الحق فى تقدير ما يقدم إليها فى الدعوى من أدلة وفى فهم ما يكون فيها من قرائن إلا أن ذلك مشروط بأن يكون استخلاصها لما تقتنع به سائغا وإن تكون الأسباب التى أوردتها فى صدد هذا الدليل من شأنها أن تؤدى إلى ما انتهت إليه . مما مفادة أنه إذا أوردت المحكمة أسبابا لتبرير الدليل الذى أخذت به أو لنفيه فإن هذه الأسباب تخضع لرقابة محكمة النقض التى لها أن تقضى بنقض الحكم إذا كان استخلاصه غير سائغ لابتنائه على أدلة أو قرائن ليس من شأنها أن تؤدى إليه عقلا ، أو كان مبنيا على جملة أدلة مجتمعة بحيث لا يعرف أيها كان أساسا جوهريا له ثم تبين فساد أحدها بحيث لا يعرف ماذا يكون قضاؤه مع استبعاده .

ولما كان الثابت بمدونات الحكم المطعون فيه أنه أورد فى تبرير قضائه

أسبابا مفادها أن العقد موضوع التداعى لم يتضمن فى بنوده ما يوحى بأنه اقترن بالغش أو قصد به التهرب من القانون إخفاء للسبب غير المشروع الذى يقول به الطاعن وهو تقاضى مبلغ ٢٠٠٠ جنيه خلو رجل فى علاقة إيجارية شفوية بينهما ... وكان الطاعن لم يبادر إلى إبلاغ النيابة بهذه الواقعة فور حيازته للشقة وكانت النيابة قد باشرت التحقيق فيها وانتهت منه إلى قرار بالحفظ يكتسب حجية أمام القضاء المدنى وتلتزم به المحكمة ، وكان الطاعن لم يمثل أو يبد هذا الدفاع أمام محكمة الدرجة الأولى كما لم يرفع دعواه بطلب الاعتداد بعقد الإيجار وصورية عقد التمليك إلا بعد رفع دعوى الفسخ الماثلة بعدة شهور .. وكانت الأوراق قد خلت مما يسند زعمه بسداد بعض أقساط الأجرة أو بقيام مبدأ ثبوت بالكتابة هو مجرد إدعاء لا تؤازره أدلة الدعوى والقرائن المستفادة من أوراقها ولا يكفى إثبات الصورية بشهادة الشهود الأمر الذى تلتفت معه المحكمة عن طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثباتها ... لما كان ما تقدم وكان ما إستدل به الحكم على نفى الصورية عن العقد بخلو بنوده مما يدل على اقترانه بالغش أو التحايل على القانون وإخفاء سبب غير مشروع فى حين إن الصورية لا يلجأ إليها إلا ابتغاء ستر هذه الأمور ، كما أن عدم مبادرة الطاعن بإبلاغ النيابة بواقعة خلو الرجل أو تراخية فى رفع دعواه بالاعتداد بالعلاقة الإيجارية وبصورية عقد التمليك لما بعد رفع دعوى الفسخ - ليس من شأنه نفى الصورية ولا يدل بذاته على عدم وجودها - أما القول بأن قرار الحفظ الصادر من النيابة فى شأن واقعة خلو الرجل يكتسب حجية أمام القضاء المدنى فمردود بما هو مقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من أن الأوامر والقرارات الصادرة من سلطات التحقيق لا تكتسب حجية أمام القضاء المدنى لأنها لا تفصل فى موضوع الدعوى بل فى توافر أو عدم توافر الظروف التى تجعل الدعوى صالحة لإحالتها للمحكمة للفصل فى موضوعها كما وإن الصورية القائمة على الاحتيال على القانون لا يقتضى - وعلى ماهو مقرر بقضاء النقض - قيام مبدأ ثبوت بالكتابة لإمكان ، تحقيقها وإثباتها بالقرائن وشهادة الشهود ، لما كان ذلك وكان البين منه إن الأدلة والقرائن التى أوردها الحكم المطعون فيه -

واستخلص قضاءه من مجموعها - لا يؤدى بعضها إلى ما إنتهى إليه فضلا عن فساد البعض الآخر منها بحيث لا يعرف ماذا يكون قضاؤه مع استبعادها فإن الحكم لذلك يكون معيبا بالفساد فى الاستدلال والقصور فى التسبيب .

(نقض ٢٧ / ١٢ / ١٩٨٠ - طعن رقم ١٧٢٢ لسنة ٤٩ ق) .

٢٧ - طعن الوارث بصورية التصرف الصادر من مورثه بأنه فى حقيقته وصية إضرارا بحقه فى الميراث أو أن التصرف صدر فى مرض الموت ، جواز إثبات الصورية بكافة الطرق . طعنه بصورية هذه التصرفات صورية مطلقة . وجوب تقيده فى هذه الحالة بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات .

(نقض جلسة ٢٠ / ٢ / ١٩٨٣) .

٢٨ - من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن طلب الخصم تمكينه من إثبات أو نفى دفاع جوهرى بوسيلة من وسائل الإثبات الجائزة قانونا هو حق له يتعين على محكمة الموضوع أجابته إليه متى كانت هذه الوسيلة منتجة فى النزاع ولم يكن فى أوراق الدعوى والأدلة الأخرى المطروحة عليها ما يكفى لتكوين عقيدتها ، وإذ كان يجوز للوارث أن يثبت بشهادة الشهود أن هبة مورثه صدرت فى مرض موته حتى تعتبر الهبة تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت فتسرى عليه أحكام الوصية طبقا للمادة ٩١٦ من القانون المدنى . وكان الثابت من الحكمين المطعون فيهما إن كلا من الطاعنين قد تمسك أمام محكمة الإستئناف بأن هبة مورثهما إلى أخيهما المطعون ضده الثانى صدرت منه فى مرض موته وطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك ، فإن كلا من الحكمين إذ رفض هذا الطلب على سند من مجرد قول إن الطاعن لم يقدم دليلا أو قرينة على أن المورث كان مريضا وقت الهبة وهو رد لا يواجه طلب الطاعن إحالة الدعوى إلى التحقيق فإنه يكون فضلا عن إخلاله بحق الدفاع مشوبا بالقصور الذى يستوجب نقضه .

(نقض ٢٢ / ٣ / ١٩٨٤ - طعن رقم ١٠٣١ ، ١٠٣٢ لسنة ٥٠ ق) .

٢٩ - الشفيع يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لعقد البيع سبب

الشفعة فلا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر دون المستتر بشرط أن يكون حسن النية غير عالم بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته . لما كان ذلك وكان الطاعن لم يدع علم الشفيعين بأن عقد البيع سبب الأخذ بالشفعة يسترهبه ، فلا على محكمة الموضوع إن هى لم تجب طلب الطاعن إحالة الدعوى إلى خبير أو إلى التحقيق لإثبات العقد المستتر الذى أدعاه وأيا كان وجه الرأى فى السبب الذى بررت به رفضها لهذا الطلب مادامت النتيجة التى إنتهت إليها بالاعتداد بالعقد الظاهر فى شأن طلب الأخذ بالشفعة تتفق وصحيح القانون .

(نقض ٢٤ / ١ / ١٩٨٤ - طعن رقم ٤٨٧ لسنة ٥١ ق) .

٣٠ - عقد الوكالة بالتسخير يقتضى أن يعمل الوكيل باسمه الشخصى وإن كان يعمل لحساب الموكل بحيث يكون اسم الموكل مستترا ويترتب على قيامها فى علاقة الوكيل المسخر بالغير أن تضاف جميع الحقوق التى تنشأ من التعاقد مع الغير إلى الوكيل المسخر فيكون هو الدائن بها للغير كما تضاف إليه جميع الالتزامات فيكون هو المدين بها للغير ، أما فى علاقة الوكيل المسخر بالموكل فهى تقوم على الوكالة المستترة تطبيقا لقواعد الصورية التى تستلزم إعمال العقد الحقيقى فى العلاقة بينهما ومن ثم فإن تسجيل البيع الصادر للوكيل المسخر ينقل الملكية مباشرة من الغير إلى الموكل المستتر فى العلاقة بين الوكيل والموكل ، وتثبت الوكالة بالتسخير فيما بينهما وفقا للقواعد العامة فى الإثبات .

(نقض ٢٨ / ٢ / ١٩٨٤ - الطعنان رقما ٥٨٩ ، ٦٥٥ لسنة ٥٠ ق ، نقض ٢٦ / ١١ / ١٩٦٤ - سنة ١٥ صفحة ١٠٧٣ ، نقض ١٣ / ١١ / ١٩٦١ سنة ١٢ ص ٧١٣) .

٣١ - طبقا لنص المادة ٢٤٥ من القانون المدنى - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - إذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى والعبرة بينهما بهذا العقد وحده ، وإذا إراد أى من الطرفين أن يتمسك بالعقد المستتر فى مواجهة العقد الظاهر أو ينفى الثابت بهذا العقد يجب عليه أن يثبت وجود العقد المستتر أو ينفى الثابت بالعقد الظاهر وفقا للقواعد

العامة فى الإثبات فى المواد المدنية التى لا تجيز الإثبات بشهادة فالشهود إذا تجاوزت قيمة التصرف عشرين جنيها وفيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى ولو لم تزد القيمة على عشرين جنيها مالم يكن هناك احتيال على القانون فيجوز فى هذه الحالة ، لمن كان الاحتيال موجها ضد مصلحته إن يثبت العقد المستتر أو ينفى الثابت بالعقد الظاهر بكافة طرق الإثبات .

(نقض ١٦ / ٥ / ١٩٨٤ طعن رقم ١٠٢٧ لسنة ٥٠ ق) .

٣٢ - من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن للغير أن يثبت الصورية بجميع طرق الإثبات ومنها القرائن ، وتقدير القرائن من الأمور الموضوعية التى لا رقابة لمحكمة النقض عليها متى كان هذا التقدير سائغا ولا تعارض بين أن يكون المشترى فى حالة تمكنه من دفع الثمن وأن يكون الشراء الحاصل منه صوريا إذ لا تلازم بين حالة الاعسار وصورية العقد .

(نقض ٢٣ / ٦ / ١٩٨٥ طعن رقم ٩٧٩ لسنة ٥٢ ق) و (نقض ٢٦ / ٦ / ١٩٧٣ سنة ٢٤ ص ٩٦٧) .

٣٣ - إذا كان البين من الحكم المطعون فيه ومن المذكرة المقدمة من الطاعن إلى محكمة الاستئناف آنه تمسك أمام تلك المحكمة بصورية عقد البيع - الصادر من والدته إلى باقى آولادها - صورية مطلقة ودلل على هذه الصورية بعدة قرائن منها آن العقد تضمن إن نصيب الذكر ضعف نصيب الأنثى - وهو ما يطابق أحكام الشريعة الإسلامية فى الميراث - وإن المتصرف إليهم لا يستطيعون إداء الثمن وإن العقد لم يظهر إلى حيز الوجود إلا بعد وفاة المتصرفة ، كما طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت هذه الصورية بالبينة على أساس رابطة الأمومة التى تربط المتصرفة بأولادها المتصرف إليهم والظروف التى تم فيها هذا التصرف تعتبر مانعا آدبيا من الحصول على دليل كتابى . وكان الحكم المطعون فيه قد أغفل بحث هذا الدفاع الجوهرى والرد عليه ، فإنه يكون مشوبا بالقصور بما يستوجب نقضه .

(نقض ٩ / ١ / ١٩٧٣ سنة ٢٤ العدد الأول ص ٤٦) .

٣٤ - المقرر وفقا للفقرة الأولى من المادة ٦١ من قانون الإثبات أنه

متى كان العقد الظاهر المطعون عليه بالصورية مكتوبا فإنه لا يجوز لأى من عاقدية أن يثبت هذه الصورية إلا بالكتابة ولما كان عقد البيع موضوع الدعوى ثابتا بالكتابة ، ولم يقدم الطاعن أى دليل كتابى يساند طعنة بالصورية وكانت عبارات الإقرار المؤرخ ... لا تدل على ذلك أو تشير إليه وكان الحكم المطعون فيه قد استدل على تناقض الطاعن فى دفاعه ، فإن الحكم يكون صحيحا إذ التفت عن الطعون الموجهة لعقد البيع .

(نقض ٢٠ / ١١ / ١٩٨٤ طعن رقم ١٨٨٥ لسنة ٥١ ق ، نقض ٢١ / ١٢ / ١٩٧٦ سنة ٢٧ الجزء الثانى ص ١٨٠١) .

٣٥ - من المقرر فى قضاء هذه المحكمة إن إجازة إثبات العقد المستتر فيما بين عاقدية بالبينة فى حالة الاحتيال على القانون مقصورا على من كان الاحتيال موجها ضد مصلحته ، وإذ كان عقد البيع الظاهر الصادر من الطاعنة إلى المطعون عليها زوجة إبنها ثابتا بالكتابة فلا يجوز لهذه البائعة أن تثبت بغير الكتابة إن هذا العقد يخفى تصرفا أخر قصد به الاحتيال على قواعد الأرث لأنه لا يجوز من عاقدية أن يثبت هذه الصورية إلا بالكتابة ، وذلك عملا بنص المادة ٦١ / ١ من قانون الإثبات .

(نقض ٢٩ / ١١ / ١٩٨٤ - طعن رقم ٢٨٨ لسنة ٥١ ق) .

٣٦ - من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إن للشفيع باعتباره من الغير الأخذ بالعقد الظاهر حتى ولوكان فى حقيقته عقدا صوريا بين عاقدية دون اعتداد قبله بالعقد الحقيقى المستتر إلا أن يكون سيئ النية أى يعلم بصورية العقد الظاهر وحقيقة العقد المستتر وعلى من يدعى سوء نية الشفيع إثبات ذلك ، فإن عبْ الإثبات فى هذه الحالة يقع على عاتق المشفوع ضده بحيث إذا أفلح فى ذلك أعتد قبل الشفيع بالعقد المستتر أما إذا أخفق ظلت الحجية للعقد الظاهر .

(نقض ١٥ / ١ / ١٩٨٥ - طعن رقم ١٤٥٠ لسنة ٥٠ ق)
و (نقض ٧ / ٦ / ١٩٨٢ - الطعن رقم ١٧١٦ لسنة ٤٨ ق)
و (نقض ١٩ / ١٢ / ١٩٨٠ طعن رقم ١٠٥٩ لسنة ٤٧ ق لم ينشر)

٣٨ - اتفق شخصان لغرض ما على إنشاء عقد بيع صورى يبقى

تحت يد من صوراه مشتريا مقابل تسليمه زميله ورقة كاشفة عن الصورية ، فغش أولهما الثانى بأن سلمه ورقة عليها توقيع باسمه لم يكتبه هو وإنما كتبه شخص آخر بإتفاقه معه ، وحصل هذا التسليم بعد أن وقع الثانى على عقد البيع أمام الموظف الرسمى ، ثم طعن البائع بصورية العقد وبالغش فى ورقة الضد ، فحكمت المحكمة بجواز إثبات الغش بالبينة والقرائن ثم قضت بإبطال البيع . طعن المشترى فى الحكم بأن الواقعة التى إعتبرتها المحكمة غشا واعتمدت عليها وهى تسليم ورقة الضد ، قد حصلت بعد تمام عقد البيع مما ينفى قولها بأن التوقيع على هذا العقد كان تحت تأثير الغش ، كما أن المحكمة خالفت القانون إذ أجازت الإثبات بالبينة ضده على أساس أن ورقة الضد تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة مع أنها لم تصدر منه . ومحكمة النقض رفضت الطعن لما تبينته من أن الأمر بالتحقيق لم يؤسس على وجود مبدأ ثبوت بالكتابة بل كان لإثبات ما يجوز إثباته بالبينة وغيرها وهى وقائع الغش المدعاة ، فلما ثبت لمحكمة الموضوع أن الغش قد وقع فعلا اعتبرت ما وقع من طرفى الخصومة عملية واحدة متصلة وقائعها بعضها ببعض وآن الغش قد لابسها من مبدئها إلى نهايتها مما لا عبرة معه بالوقت الذى سلمت فيه ورقة الضد .

(نقض ١٨ / ١١ / ١٩٣٧ مجموعة عمر جـ ٢ ص ١٩٩١) .

٣٩ – البين من مدونات الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه أن محكمة آول درجة بعد أن أحالت الدعوى إلى التحقيق اعتبرت الطاعنة قد عجزت عن إقامة الدليل على ادعائها بالصورية لانها لم تحضر شهودها ، ولما كان المدعى هو المكلف بإثبات ما يدعيه وتقديم الأدلة التى تؤيده فى ذلك فإن محكمة الموضوع تكون غير ملزمة بإصدار حكم جديد بإحالة الدعوى إلى التحقيق .

(نقض ٢١ / ٢ / ١٩٨٥ طعن رقم ٥١٧ لسنة ٥١ ق ، نقض ٢٦ / ١ / ١٩٨٢ طعن رقم ٥١ لسنة ٥٠ ق أحوال شخصية) .

٤٠ – من المقرر فى قضاء النقض أن لخلف المتصرف أن يطعن بصورية التصرف باعتباره يستر وصية مضافة إلى ما بعد الموت ، فإذا كان المتصرف قد احتفظ لنفسه بحيازة العين وبحقه فى الانتفاع بها

أعتبر ذلك قرينة قانونية على أن التصرف وصية إذا كان صادرا لوارث ويكون لهذا الأخير إثبات العكس أى أن التصرف كان منجزا أما إذا كان التصرف صادرا لغير وارث فإنه يكون على مدعى الصورية أن يثبت بكافة الطرق القانونية بما فيها البينة أن المتصرف قصد به ألا يضار - إذ احتفظ لنفسه بحيازة العين وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته .

(نقض ١٢ / ٢ / ١٩٨٥ - طعن رقم ٥٤ لسنة ٥١ ق ، نقض ٣١ / ١ / ١٩٨٤ - طعن رقم ١٠٩٧ لسنة ٥٠ ق) .

٤١ - لما كان الطاعن قد تمسك فى دفاعه أمام محكمة الاستئناف بأن عقد البيع المؤرخ .. .. الصادر من مورثته إلى المطعون ضدهما وهما حفيديها ويستحقان وصية واجبة فى تركتها هو فى حقيقته وصية مضافة إلى ما بعد الموت ، وأنها ظلت محتفظة بحيازة الأطيان المبيعة وبحقها فى الانتفاع بها مدى حياتها وحتى توفيت وأنهما لم يدفعها ثمنا وهو ما طلب من أجله إحالة الدعوى إلى التحقيق التحقيق لإثباته ، وكان الحكم المطعون فيه قد إلتفت عن ذلك الدفاع وهذا الطلب بمقولة تخلف شرط إعمال المادة ٩١٧ من القانون المدنى باعتبار أن المطعون ضدهما وإن كانا من أصحاب الوصية الواجبة إلا أنهما غير وارثين فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه .

(نقض ١٢ / ٣ / ١٩٨٥ - طعن رقم ٥٤٠ لسنة ٥١ ق) .

٤٢ - الوارث لا يعتبر من طبقة الغير بالنسبة إلى الإقرارات الصادرة من المورث ومن ثم فإنها تسرى عليه غير أن له أن يثبت بأى طريق من طرق الإثبات أن حقيقتها وصية قصد بها إيثار أحد الورثة أضرارا به .

(نقض ٢٨ / ٤ / ١٩٨٥ - طعن رقم ١٦٩٤ لسنة ٤٩ ق ، نقض ٩ / ٤ / ١٩٥١ مجموعة ٢٥ سنة جـ ١ ص ٣٣ قاعدة ٢٨) .

٤٣ - المشترى الثانى يعتبر خلفا خاصا باعتباره من الغير بالنسبة للتصرف الصورى الصادر من البائع له إلى مشتر آخر له إثبات صورية البيع الصادر من سلفه صورية مطلقة ولو كان العقد المطعون فيه مسجلاً) .

(نقض ١٨ / ٤ / ١٩٨٥ طعن رقم ٢١٢ لسنة ٥٢ ق) .

٤٤ - المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الوارث لا يعتبر قائما مقام مورثه فى التصرفات الماسة بحقه فى التركة عن طريق الغش والتحايل على مخالفة أحكام الأرث ، بل يعتبر فى هذه الحالة فى حكم الغير ويباح له الطعن على التصرف وإثبات صحة طعنة بكافة الطرق لأنه فى هذه الصورة لا يستمد حقه من المورث وإنما من القانون مباشرة ولا تقف نصوص العقد وعباراته الدالة على تنجيز التصرف مهما كانت صراحتها حائلا دون هذا الإثبات .

(نقض ٩ /٦ /١٩٨٥ - طعن رقم ٧٥١ لسنة ٥٤ ق) .

٤٥ - الشفيع يعتبر من الغير بالنسبة لطرفى البيع المشفوع فيه بحيث لا يحاج بما ورد فيه ويجوز له إثبات ما يخالفه بكافة طرق الإثبات القانونية .. إلا أنه يجوز للشفيع مع هذا أن يتمسك إذا شاء قبل طرف البيع بما ورد فيه ، ولا يكون لهما فى هذه الحالة أن يحتجا قبلة بصوريته أو أن يتمسكا قبله بعقد آخر ، خلاف ذلك إلا إذا أثبت أنه كان سيئ النية بأن كان يعلم بحقيقة العقد المستتر وبصورية العقد الظاهر المشفوع فيه .

(نقض ٢٥ /٦ /١٩٨٥ - طعن رقم ١٧١٧ لسنة ٥٢ ق) .

مدعى الصورية هو المكلف بإثبات ما يدعيه :

من المقرر أن من يطعن بالصورية يقع عليه عبْ إثباتها فإذا أدعى الطاعن صورية عقد معين وطلب إحالة الدعوى للتحقيق لإثباتها وإجابته المحكمة إلى طلبه إلا أنه لم يحضر شهودا فإنه يجوز للمحكمة أن تعتبر ذلك عجزا منه عن إثباتها وأن تحكم برفض إدعائه بالصورية .

وإذا أخفق الخصم فى إثبات الصورية بالبينة إما لعدم تقديمه شهود وإما لأن أقوال شهوده لا تؤدى لقيامها فإنه يجوز له أن يتمسك بإثباتها بالقرائن التى يقدمها ويتعين على المحكمة إذا لم تر الأخذ بهذه القرائن أن ترد عليها وتفندها بأسباب سائغة وإلا كان حكمها مشوبا بالقصور ، ذلك أنه يجوز للمحكمة أن تستند فى قضائها بالصورية على قرينة واحدة بالشروط التى سنعرض لها فى تسبيب الحكم بالصورية فيما بعد .

احكام النقض :

١ - البين من مدونات الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه إن محكمة أول درجة بعد أن أحالت الدعوى إلى التحقيق أعتبرت الطاعنة قد عجزت عن إقامة الدليل على أدعائها بالصورية ، لأنها لم تحضر شهودها ولما كان المدعى هو المكلف بإثبات ما يدعيه وتقديم الأدلة التى تؤيده فى ذلك ، فإن محكمة الموضوع تكون غير ملزمة بإصدار حكم جديد بإحالة الدعوى إلى التحقيق .

(نقض ٢١ / ٢ / ١٩٨٥ طعن رقم ٥١٧ لسنة ٥١ ق ، نقض جلسة ٢٦ / ١ / ١٩٨٢ الطعن رقم ٥١ لسنة ٥٠ أحوال شخصية) .

٢ - إذ كان البين من الحكم المطعون فيه أن محكمة الاستئناف قررت أن الطاعنة تمسكت أمام محكمة الدرجة الأولى بصورية العقد ولكنها عجزت عن الإثبات بعد أن كلفت به ثم تمسكت أمام محكمة الدرجة الثانية بالدعوى البوليصية فأحالت المحكمة الدعوى إلى التحقيق وكلفت الطاعنة بالإثبات فعجزت عن تقديمه ، فإنه يكون غير منتج ما نسبته الطاعنة إلى الحكم من الخلط بين أحكام الدعويين .

(نقض ٢٢ / ١ / ١٩٥٩ السنة العاشرة ص ١٩٧) .

٣ - التمسك من الطاعن بأن عقد الهبة يستر وصية هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر يخضع للقواعد العامة فى الإثبات وعلى الطاعن وهو وارث الواهب عبْ إثبات هذه الصورية فإن عجز وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد الذى يعد حجة عليه .

(نقض ٢٨ / ٥ / ١٩٨٠ سنة ٣١ الجزء الثانى ص ١٥٣١) .

فى حالة ما إذا طعن الوارث بالصورية المطلقة على تصرفات مورثه فلا يجوز له أن يثبت ذلك إلا بالكتابة :

- من المقرر أن الوارث إذا طعن بصورية التصرف الصادر من مورثه بأنه فى حقيقته وصية إصرارا بحقه فى الميراث سواء كان العقد قد أفرغ فى عقد بيع أو هبة أو كان قد صدر فى مرض الموت ، فإنه يجوز له إثبات الصورية فى هذه الحالة بكافة الطرق وذلك أنه يستمد حقه من

القانون مباشرة أما إذا طعن فى هذه التصرفات بالصورية المطلقة وكانت علة الصورية ليست هى الاحتيال على قواعد الإرث فإنه يتعين عليه أن يتقيد فى هذه الحالة بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات فإذا كان العقد مكتوبا فلا يجوز له إثبات الصورية إلا بالكتابة وذلك على النحو الذى سبق شرحة فى طريقة إثبات الصورية بين العاقدين ، وعلى ذلك إذا باع المورث أرضًا زراعية أو منزلًا لزوجته وطعن باقى الورثة على هذا العقد بعد وفاة مورثهم على سند من أنه صورى صورية مطلقة وأن بيعا لم يتم وأنه قصد به التهرب من سداد ديونه ، فلا يجوز لهم إثبات الصورية فى هذه الحالة إلا بالكتابة أى بورقة الضد .

أحكام النقض :

١ - الوارث لايعتبر فى حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه وإن كان فى ظاهره بيعا منجزا إلا أنه فى حقيقته يخفى وصية إضرارا بحقه فى الميراث أو أنه صدر فى مرض موت المورث فيعتبر إذ ذاك فى حكم الوصية لانه فى هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التى قصد بها الاحتيال على قواعد الإرث التى تعتبر من النظام العام ، أما إذا كان معنى الطعن فى العقد أنه صورى صورية مطلقة وأن علة تلك الصورية ليست هى الاحتيال على قواعد الإرث فإن حق الوارث فى الطعن فى هذه الحالة إنما يستمد من مورثه لا من القانون ، ومن ثم لايجوز له إثبات طعنه إلا بما كان يحوز لمورثه من طرق الإثبات ، ولما كانت الطاعنة قد طعنت بالصورية المطلقة على عقد البيع الرسمى المسجل فى ٢٧ / ٢ / ١٩٦٦ الصادر من المرحوم ... إلى المطعون عليها ببيعه لها أطيانا زراعية مساحتها ١٤ سهم / ٢ قيراط / ٣ فدان ودللت على تلك الصورية بقيام علاقة الزوجية بين البائع والمشترية ومن أنها كانت عالمة بحصول التصرف الصادر إلى مورث الطاعنة منذ صدوره ولم تشر الطاعنة إلى أن هذا التصرف فيه مساس بحقها فى الميراث ، ودفعت المطعون عليها بعدم جواز إثبات الصورية المطلقة إلا بالكتابة ،

وإذ سرم الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فإن النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون يكون غير سديد (نقض ٢٠ / ٢ / ١٩٨٣ طعن رقم ٤١٣ لسنة ٤٩ ق) و (نقض ٢٢ / ٦ / ١٩٧٦ سنة ٢٥ ص ١٣٩١ ، نقض ٩ / ٤ / ١٩٦٤ سنة ١٥ ص ٥٢٥)

لا يجوز للمحكمة أن تندب خبيرا لتحقيق الصورية :

من المقرر أن تكييف العلاقة القانونية بين الخصوم مسألة قانونية لا يجوز للمحكمة أن تندب خبيرا لتحقيقها ، إذ أن هذا الأمر منوط بها وحدها فإذا استندت فى حكمها للصورية على تقرير الخبير ، فإن حكمها يكون مشوبا بالقصور فى التسبيب .

أحكام النقض

١ - إذا كان الثابت من المستندات المقدمة من الطاعنين بملف الطعن أنهم تمسكوا أمام محكمة الموضوع بدرجتيها بدفاع مؤداه أن الرابطة القانونية بينهم وبين آخر هى مشاركة فى استغلال وإدارة جزء من الورشة المقامة على أرض النزاع وأن هذه المشاركة لا تعد تأجيرا من الباطن أو تنازلا عن الإيجار ، وكان الحكم المطعون فيه قد استند فى النتيجة التى خلص إليها على ما ساقه الخبير فى تقريره للتدليل على أن التصرف القانونى الذى أجراه الطاعن الأول وهو تأجير من الباطن وأن عقد الشركة المقدم هو صورى ، ورتب على ذلك قضاءه بفسخ العقد حالة أن وصف الرابطة بين الخصوم وإسباغ التكييف القانونى عليها ، وهى مسألة قانونية بحتة ، فلا يجوز للخبير أن يتطرق إليها ولا للمحكمة أن تنزل عنها لأنها ولايتها وحدها ، هذا إلى أن الحكم لم يتناول دفاع الطاعنين بالبحث والتمحيص ولم يورد أسبابا تكفى لحمله فيما انتهى إليه من رفض ما تحاجوا به رغم أن مثل هذا الدفاع لو صح فإنه يؤثر فى النتيجة فيتغير به وجه الرأى ، مما مقتضاه أن تواجهه محكمة الموضوع صراحة وتفرد أسبابا للرد عليه ، ولا يكفى فى ذلك أخذها بما أورده الخبير فى هذا الصدد ، إذ لا غناء عن أن تقول هى كلمتها فى شأنه ، وإذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التفت عما أثاره

الطاعنون من دفاع جوهرى فإنه يكون مشوبا بالقصور فى التسبيب جره إلى خطأ فى تطبيق القانون (نقض ١٣ / ١٢ / ١٩٨٠ - السنة ٣١ - جـ ٢ ص ٢٠٣٢) .

عجز المتعاقد عن إثبات العقد المستتر يترتب عليه أخذه بالعقد الظاهر :

إذا طعن أحد المتعاقدين أو أحد ورثته أو أى شخص ممن يعتبر التصرف حجة عليه - فى العقد الذى يحاج به - بالصورية سواء كان الادعاء بالصورية المطلقة أو الصورية النسبية وكلفته المحكمة بإثبات العقد المستتر إلا أنه فشل فى إثبات ادعائه فإن لازم ذلك أخذه بنصوص العقد الظاهر المدعى بصوريته .

أحكام النقض

التسليم من الطاعن بأن عقد الهبة يستر وصية هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر يخضع القواعد العامة فى الإثبات التى تلقى على الطاعن وهو وارث الواهب عبء إثبات هذه الصورية فإن عجز وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد الذى يعد حجة عليه (نقض ٢٦ / ٥ / ٨٠ سنة ٣١ الجزء الثانى ص ١٥٣١) .

لا يشترط فيمن يطعن بصورية عقد أن يكون هو المقصود بالتصرف الصورى محل الطعن :

من المقرر أنه يجوز لكل شخص أضير بالتصرف الصورى أو كان من شأن هذا التصرف أن يمس حقا من حقوقه الطعن فى هذا التصرف بالصورية المطلقة أو النسبية حتى ولو لم يكن هو المقصود بالتصرف الصورى مادام أن من شأنه فى حالة نفاذه الإضرار به فإذا باع والد لابنه عقارا بقصد تكملة نصاب العمودية له ولم يكن يقصد المتعاقدان الأضرار بحقوق الدائنين إلا أنه مع ذلك يجوز للدائن العادى أن يطعن على هذا التصرف بالصورية رغم أنه لم يكن معنيا به إذا توافرت الشروط التى نص عليها القانون فى إباحة الطعن فى هذه الحالة .

أحكام النقض :

١ - الصورية فى العقود يصح التمسك بها لكل ذى مصلحة ولو لم تكن بينه وبين العاقدين رابطة عقدية وعلى ذلك يجوز الطعن من مشترى العقار بصورية العقد الصادر ببيع العقار ذاته من بائع آخر إلى مشتر آخر . (نقض ٢٠/٣/١٩٤٧ سنة ١٠ ص ٧٥٨) .

٢ - لا يشترط لقبول الدفع بالصورية أن يكون عقد الطاعن بها سابقا فى تاريخه على التصرف المطعون بصوريته بل ليس هناك ما يحول قانونا من أن يكون حق الطاعن بالصورية تاليا لهذا التصرف فضلا عن أن الطعن بالصورية ينطوى فى ذاته ومرماه على أن العقد المطعون فيه لو صح وأصبح نافذا لأضر بالمتمسك بصوريته بما يجيز لمن كان حقه تاليا لهذا التصرف أن يطعن بصوريته لما هو مقرر من أنه يجوز للطاعن ولو لم يكن هو المعنى بالتصرف الصورى الطعن فى هذا التصرف بالصورية سواء كان عقده سابقا على التصرف أو تاليا وإذ جرى الحكم المطعون فيه على خلاف ذلك فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه . (نقض ٢١/٣/١٩٨١ طعن رقم ٦٥٤ لسنة ٤٦ قضائية) .

وكيل الدائنين يعتبر من الغير فى أحكام الصورية بالنسبة للعقود الصورية التى تصدر من المفلس :

إذا حكم بإشهار إفلاس المدين التاجر فإن وكيل الدائنين يعتبر من الغير فى أحكام الصورية بالنسبة للعقود الصورية التى تصدر بعد تاريخ توقفه عن الدفع منسوبة إلى أشخاص آخرين سواء كانت من أعمال الإدارة كما إذا استأجر المدين شقة أو محلا إلا أنه حرر العقد على خلاف الحقيقة باسم زوجته كان لوكيل الدائنين أن يثبت صورية التصرف بطرق الإثبات كافة ومنها شهادة الشهود وقرائن الأحوال أو كانت من أعمال التصرف كما إذا باع شيئا من أملاكه بعقد بيع صورى ناسبا صدوره إلى زوجته فإن وكيل الدائنين يجوز له إثبات صورية العقد وأن المدين هو البائع الحقيقى وأنه اختفى وراء زوجته .

أحكام النقض :

– وحيث أن هذا النعى مردود ذلك أن الحكم الابتدائى أورد فى سرده لوقائع النزاع المستندات المقدمة من الطاعن لتأييد دعواه بملكية المنقولات الموجودة فى الجراج المدعى بأنه استأجره من السيدة سيمون بونار . ولما كان الحكم الابتدائى قد حصل بالأدلة السائغة التى أوردها على ماتقدم بيانه فى الرد على السبب الثانى أن عقد الإيجار عن الجراج صدر صوريا باسم هذه السيدة وأن زوجها هو المستأجر الحقيقى للجراج والحائز له ، وكان الحكم قد رتب على ذلك أن عقد الإيجار الصادر من السيدة المذكورة إلى الطاعن فى ٢٢ / ١٢ / ١٩٥٥ بعد تاريخ توقف زوجها عن دفع ديونه المحدد فى ١١ / ٢ / ١٩٥٢ بحكم إشهار إفلاسه هو عقد تم بطريق التواطؤ للتهرب من دفع الديون ، وإذ أطرح الحكم الفواتير المقدمة من الطاعن بملكية المنقولات الموجودة بالجراج لعدم اطمئنانه إليها وقرر أن هذه الفواتير يمكن اصطناعها خدمة للدعوى ، فإن الحكم المطعون فيه وقد أحال إلى هذه الأسباب يكون قد نفى دلالة مستندات الطاعن على ادعائه بالملكية بما يكفى لحمل قضائه ويكون النعى عليه فى هذا السبب على غير أساس . (نقض ١١ / ٦ ١٩٦٨ سنة ١٩ الجزء الثانى ص ١١٤١) .

لا يجوز نقض ما ثبت بورقة الضد إلا بدليل كتابى .

إذا تحرر عقد بيع صورى صورية مطلقة أو نسبية وتحررت ورقة ضد فى نفس التاريخ أو فى تاريخ معاصر بحقيقة التصرف وأقام المشترى دعوى بصحة ونفاذ العقد فقدم المدعى عليه ورقة الضد وطلب أعمال أثرها فلا يجوز للمدعى أن ينقض ما جاء بورقة الضد إلا بدليل كتابى إذ يتعين عليه أن يتقيد بالدليل الكتابى لإثبات عكسها باعتباره أحد طرفيها وبالتالى لا يجوز له إثبات ما يخالفها بشهادة الشهود أو قرائن الأحوال .

أحكام النقض :

١ - وحيث أن الحكم المطعون فيه وقد انتهى بحق إلى أن عبارات ورقة الضد - التى لم يتناولها الادعاء بالتزوير والموقع عليها بإمضاء للطاعنة معترف به منها - هذه العبارات صريحة فى أن حقيقة العقد بيع وفاء وكان لا يجوز للطاعنة أن تنقض ما هو ثابت بهذه الورقة إلا بالدليل الكتابى وكانت المستندات التى قدمتها لا تحوى هذا الدليل - على ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه - فإنه إذ لم يعرض للقرائن التى ساقتها الطاعنة لإثبات أن البيع بات وليس وفائيا أو لأقوال الشهود التى استندت إليها فى إثبات ذلك لا يكون مشوبا بالقصور مادام الإثبات بالقرائن وشهادة الشهود غير جائز للطاعنة . (نقض ٣٠/٥/١٩٦٨ سنة ١٩ الجزء الثانى ص ١٠٤٥) .

٢ - اتفق شخصان لغرض ما على إنشاء عقد بيع صورى يبقى تحت يد من صوراه مشتريا مقابل تسليمه زميله ورقة كاشفة عن الصورية ، فغش أولهما الثانى بأن سلمه ورقة عليها توقيع باسمه لم يكتبه هو وإنما كتبه شخص أخر باتفاقه معه ، وحصل هذا التسليم بعد أن وقع الثانى على عقد البيع أمام الموظف الرسمى ، ثم طعن البائع بصورية العقد وبالغش فى ورقة الضدّ ، فحكمت المحكمة بجواز إثبات الغش بالبينة والقرائن ثم قضت بإبطال البيع . طعن المشترى فى الحكم بأن الواقعة التى اعتبرتها المحكمة غشا واعتمدت عليها ، وهى تسليم ورقة الضدّ ، قد حصلت بعد تمام عقد البيع مما ينفى قولها بأن التوقيع على هذا العقد كان تحت تأثير الغش ، كما أن المحكمة خالفت القانون إذ أجازت الإثبات بالبينة ضده على أساس أن ورقة الضدّ تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة مع أنها لم تصدر منه . ومحكمة النقض رفضت الطعن لما تبينته من أن الأمر بالتحقيق لم يؤسس على وجود مبدأ ثبوت بالكتابة ، بل كان لإثبات ما يجوز إثباته بالبينة وغيرها وهى وقائع الغش المدعاة ، فلما ثبت لمحكمة الموضوع أن الغش قد وقع فعلا اعتبرت ما وقع من طرفى الخصومة عملية واحدة متصلة وقائعها بعضها ببعض ، وأن الغش

قد لابسها من مبدئها إلى نهايتها مما لا عبرة معه بالوقت الذى سلمت فيه ورقة الضدّ .

(نقض١٨ / ١١ / ١٩٣٧ مجموعة عمر جزء ٢ ص ١٩٩١) .

لا يصح نفى الصورية بخلو العقد المطعون عليه من الشروط التى اعتبرها القانون قرينة على الصورية :

فى حالة ما إذا نص القانون على شروط معينة لقيام القرينة على الصورية فإن خلو العقد من هذه الشروط لا يصلح دليلا على نفى الصورية فإذا باع المورث لابنه قطعة أرض زراعية وطعن على هذا العقد بالصورية وبأنه يخفى وصية مضافة إلى ما بعد الموت فلا يجوز للمحكمة أن تقضى برفض الطعن استنادا إلى خلو العقد من النص على شرطى القرينة المنصوص عليها فى المادة ٩١٧ مدنى وهما احتفاظ المتصرف بحيازة العين التى تصرف فيها وثانيهما احتفاظه بحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ذلك أنه كما سبق أن أوضحنا لا يجوز الاستدلال على نفى الصورية بما ورد فى العقد الظاهر المطعون عليه من بيانات أو خلوه منها وإنما يتعين على المحكمة إحالة الدعوى للتحقيق لإثبات توافر شرطى القرينة بشهادة الشهود وقرائن الأحوال .

أحكام النقض :

– وإن كان صحيحا أن القرينة التى نصت عليها المادة ٩١٧ من القانون المدنى لا تقوم إلا باجتماع شرطين هما احتفاظ المتصرف بحيازة العين التى تصرف فيها واحتفاظه بحقه فى الانتفاع بها مدى حياته إلا أن خلو العقد من النص عليهما لا يمنع قاضى الموضوع من استعمال سلطته فى التحقق من توافر هذين الشرطين للوقوف على حقيقة العقد المتنازع عليه وقصد المتصرف من تصرفه وذلك فى ضوء ظروف الدعوى وملابساتها غير متقيد فى ذلك بما ورد فى العقد من نصوص صريحة دالة على تنجيزه لأن للوارث أن يثبت بطرق الإثبات كافة مخالفة هذه النصوص للواقع متى كان قد طعن فى العقد بأنه يخفى وصية احتيالا على أحكام الإرث . لما كان ذلك وكان الثابت من الاطلاع على

الحكم الابتدائى أنه قضى باعتبار التصرفات محل النزاع مضافة إلى ما بعد الموت وقصد بها الاحتيال على قواعد الإرث وتسرى عليها أحكام الوصية بناء على ما استخلصه من أقوال الشهود ومن الظروف التى أحاطت بتحريرها ومن أن المورث لم يكن فى حاجة إلى المال المتحصل من البيع وأن الطاعن لم يكن فى حالة تسمح له بالشراء وكان من شأن هذه الأدلة التى تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم من أن نية الطرفين قد انصرفت إلى الوصية لا إلى البيع فإن الحكم المطعون فيه إذا أيد الحكم الابتدائى وأحال إلى أسبابه فى هذا الخصوص لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه .

(نقض ١٨ / ٤ /١٩٦٨ السنة ١٩ العدد الثانى ص ٨٠١)

الفصل الخامس
القران القانونية التى نص عليها المشرع بالنسبة للصورية

المبحث الأول
صورية الوصية

القرائن القانونية على صورية الوصية فى القانون المدنى - قرينتان :

« المطلب الأول »

قرينة المادة ٩١٦ (تصرف المريض مرض الموت)

ما جاءت به المادة ٩١٦ مدنى من قولها :

١ - بأن كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض موت المورث ويكون المقصود به التبرع يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت . وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى للتصرف .

٢ - على ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا .

٣ - إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت ، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه .

ولقد وضع المشرع فى هذه المادة قرينة قانونية على أن التصرف الذى يصدر من شخص فى مرض الموت يعتبر وصية مستترة تحت ستار تصرف آخر ، فما على الورثة إلا أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم فى مرض الموت حتى تقوم قرينة قانونية على أن هناك وصية

مستترة تحت ستار هذا التصرف لا تنفذ إلا فى الثلث .

أى أن الورثة يصبحون من الغير فلا يسرى عليهم أثر هذا التصرف إلا فى حدود الثلث بمجرد أن يثبتوا أن التصرف قد صدر من مورثهم فى مرض الموت .

لأن الشارع جعل حق الوارث متعلقا بالتركة وقت مرض الموت فخوله حق الطعن فى تصرفات مورثه أثناء هذا المرض وإن كان الوارث يعتبر بحسب الأصل خلفا عاما لمورثه ، يسرى فى حقه ما كان ساريا فى حق مورثه . فللورثة إثبات صورية التاريخ بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن ، لا لأنهم من الغير بالنسبة لتاريخ التصرف بل لأن هناك تحايل على القانون يصح إثباته بكافة الطرق .

أما مرض الموت فيصح إثباته بكافة الطرق لأنه واقعة مادية .

« المطلب الثانى »

قرينة المادة ٩١٧ (التصرف المضاف إلى ما بعد الموت)

ما جاءت به المادة ٩١٧ مدنى بقولها :

« إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته اعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك » .

وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى .

– كثيرا ما يلجأ المورث وهو عاجز عن الإيصاء لوارثه إلى وصية يسترها فى شكل تصرف آخر كبيع أو هبة ، ويحتفظ فى هذا التصرف بحيازة العين وبحقه فى الانتفاع بها، إما عن طريق اشتراط حق المنفعة وعدم جواز التصرف فى العين ، وإما عن طريق الإيجار مدى الحياة أو من أى طريق آخر .

– وقد تضاربت الأحكام فى ذلك تضاربا كبيرا حتى أصبحت الأقضية فى هذا الشأن أدخل فى باب الحظ منها فى باب الحقوق الثابتة . فحسم المشرع الخلاف بأن قرر أن مثل هذا التصرف يعتبر وصية ما لم

يقم الدليل على خلاف ذلك . وقد فرض المشرع ما هو أكثر انطباقا على الواقع ، وترك الباب مفتوحا لإثبات العكس فى الحالات الخاصة النادرة .

ولقد وضع المشرع فى هذه المادة قرينة قانونية على أن التصرف الصادر لأحد الورثة من مورث يحتفظ بحيازة العين وبحقه فى الانتفاع مدى حياته بأن هذا التصرف صورى وأنه يستر وصية تسرى عليه أحكام الوصية .

فحسب الورثة فى هذه الحالة إثبات أن التصرف صادر لأحد الورثة من مورثهم الذى احتفظ بحيازة العين وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته حتى يعتبر هذا التصرف صوريا ساترا لوصية لا ينفذ فى حقهم إلا فى حدود الثلث ، ولكن هذه القرينة القانونية لم تكن قرينة قاطعة بل أنها قرينة قانونية غير قاطعة تقبل الدليل العكسى ، فللوارث الذى صدر التصرف لصالحه أن يثبت أن التصرف فى حقيقته تصرف منجز كبيع أو هبة ، فإذا عجز الوارث الذى صدر له التصرف عن الإثبات ، اعتبر التصرف وصية مستترة ، وطبقت عليه أحكام الوصية .

المبحث الثانى

القرائن القانونية على الصورية فى التاريخ

نصت المادة ١٥ من قانون الإثبات على أنه :

« لا يكون المحرر العرفى حجة على الغير فى تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت ويكون للمحرر تاريخ ثابت :

(ا) من يوم أن يقيد بالسجل المعد لذلك .

(ب) من يوم أن يثبت مضمونه فى ورقه أخرى ثابتة التاريخ .

(جـ) من يوم أن يؤشر عليه .موظف عام مختص .

(د) من يوم وفاة أحد ممن لهم على المحرر أثر معترف به من خط أو إمضاء أو بصمة و من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعله فى جسمه .

(هـ) من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعا فى أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه .

ومع ذلك يجوز للقاضى تبعا للظروف ألا يطبق أحكام هذه المادة على المخالصات .

وهناك ثلاثة شروط يجب توافرها فى الغير الذى يتمسك بقاعدة ثبوت التاريخ فى المحررات العرفية التى يحتج بها عليه طبقا للمادة ١٥ .

١ - أن يكون حقه ثابتا فى محرر ثابت التاريخ فإن لم يكن كذلك فلا يجوز له أن يتمسك بعدم ثبوت التاريخ للمحرر العرفى الذى يحتج به عليه .

٢ - أن يكون حسن النية فإذا كان سيئ النية فلايجوز له التمسك بقاعدة ثبوت التاريخ للمحررات العرفية التى يحتج بها عليه ، ويتوافر سوء النية بمجرد العلم بحصول التصرف ولا يشترط التواطؤ وتعتبر مسألة العلم واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق .

٣ - ألا يكون الغير ممن كفل له الشارع حماية حقوقه بطريق آخر غير قاعدة ثبوت التاريخ .

والغير بالنسبة لتاريخ الورقة العرفية هو الخلف الخاص ويلحق به الدائن الحاجز فالمشرع وضع قرينة قاطعة لا تقبل الدليل العكسى على صورية التاريخ العرفى بالنسبة للغير . فلو أن صاحب السيارة باعها لآخر بعقد ثابت التاريخ ، فالمشترى يكون فى هذه الحالة خلفا خاصا للبائع ولا يحتج عليه بأى تصرف آخر يصدر من البائع إذا كان تاريخه غير ثابت ، فلو أن بائع السيارة باعها مرة أخرى إلى مشتر ثان ، فإن المشترى الأول يكون من الغير بالنسبة إلى تاريخ هذا التصرف .

ومن ثم فإن تاريخ البيع الثانى إذا كان عرفيا لا يحتج به على المشترى الأول ، ويفرض فرضا غير قابل لإثبات العكس أن هذا البيع الثانى تاريخه صورى ، وأنه صدر بعد البيع الأول حتى ولو كان تاريخه سابقا على ذلك .

وكذلك الدائن الحاجز فى المال المحجوز ، يكون فى وضع الخلف الخاص على هذا المال ، وهو وإن لم يكن كالخلف الخاص ذا حق عينى فى المال المحجوز إذ لا يزال حقه شخصيا ، إلا أنه يستمد حقه فى هذا المال بالحجز وأصبح القانون يحميه من تصرفات مدينة التالية للحجز كما يحمى الخلف الخاص ، ومن ثم يصبح غيرا فى تاريخ الورقة العرفية الصادرة من المدين لتشهد على تصرفه فى المال المحجوز ، فلا يحتج عليه بهذا التاريخ إلا إذا كان ثابتا ، لا يحتج عليه بالتاريخ العرفى بل يفرض فرضا غير قابل لإثبات العكس آن هذا التاريخ صورى تال للحجز فلا ينفذ التصرف فى حقه حتى ولو كان التاريخ العرفى المدون فى الورقة سابقا على الحجز ويستوى أن يكون الحجز على منقول أو على دين للمدين فى ذمة الغير آو على عقار .

أحكام النقض :

١ - وحيث أن هذا الطعن مردود بأن الطاعن فى سبيل تأييد ما ادعاه من صورية عقد المطعون ضدها الأولى قرر فى السبب الرابع من أسباب الاستئناف آن المطعون ضدها الأولى لم تضع يدها على القدر المبيع منذ شرائها وقد رد الحكم على ذلك مقررا أن عدم وضع يدها على فرض صحته لا يحول دون الحكم لها بصحة ونفاذ عقدها وبذلك يكون

الحكم قد رد ردا سليما على دفاع الطاعن ويكون ما جاء بسبب النعى فى هذا الخصوص غير صحيح ، أما ما جاء بالسبب الخامس من أسباب الاستئناف عن الصورية وهو أن عقد بيع المطعون ضدها الأولى قد وقع عليه المطعون ضده الثانى البائع لها دون بقية الورثة المالكين معه على الشيوع بينما عقده قد وقع عليه المطعون ضده الثانى مع بقية الورثة ممايجعل عقده ذا أثر قانونى دون عقد المطعون ضدها الأولى كما أن أحدا من الشهود لم يوقع على عقد المطعون ضدها الأولى مما يؤكد ن تاريخه صورى - فإنه لما كانت المادة ٨٢٦ / ١ من القانون المدنى تنص على أن « كل شريك على الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها » مما مفاده أن تصرف الشريك فى حصة شائعة نافذ فى مواجهة الشركاء دون حاجة إلى موافقتهم وكانت صورية تاريخ عقد المطعون ضدها الأولى بفرض ثبوتها لا أثر لها فى هذه الدعوى مادام الحكم قد أقام قضاءه بصحة ونفاذ العقد على أسبقية تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى على تاريخ تسجيل عقد الطاعن ولم يعول على تاريخ عقد المطعون ضدها الأولى . هذا إلى أن صورية تاريخ العقد إنما هى صورية نسبية تنصب على التاريخ وحده فلا تتعداه إلى العقد ذاته . لما كان ذلك فإن هذا الذى ساقه الطاعن بالسبب الخامس من أسباب الاستئناف يكون دفاعا غير منتج وبالتالى فإن إغفال الحكم المطعون فيه الرد عليه لا يبطله . كذلك فإن ما جاء بالسبب السادس من أسباب الاستئناف وهو أن التأشير على هامش الدعوى حصل بطريق التواطؤ بين المطعون ضده الثانى البائع والمطعون ضدها الأولى بقصد ضياع حقه فإنه دفاع غير منتج أيضا وذلك لما استقر عليه قضاء هذه المحكمة من أن مناط المفاضلة بين المشترين فى حالة تزاحمهم هو السبق فى التسجيل وأن الأسبق تسجيلا يفضل على سائر المشترين ولو كان متواطئا مع البائع على الإضرار بحقوق الغير ، أما ما ينعاه الطاعن على الحكم من إغفاله ما طلبه بهذا السبب من أسباب الاستئناف من إحالة الدعوى إلى التحقيق فمردود بأن الطاعن لم يطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات الصورية بل كل ما قرره أنه على استعداد لإثبات الصورية بكافة طرق الإثبات القانونية وهذا لا يعتبر منه طلبا صريحا جازما بإحالة الدعوى

إلى التحقيق حتى تلتزم المحكمة بإجابته أو بتسبيب قضائها فيه عند رفضه . (نقض جلسة ١٩٦٦/٣/٢٤ - السنة ١٧ ص ٧٢٣) .

٢ - وحيث أن هذا النعى فى محله ، وذلك أن الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعنة تمسكت فى دفاعها أمام محكمة الاستئناف بأن السند صورى ولا يحتج به عليها لأن المطعون عليه الثانى قد حرره بعد عزله من رئاسة الرابطة . وإذ كان تاريخ السند عرفيا غير ثابت رسميا ، وقد نازعت الطاعنة فى صحته استنادا إلى أن محرره قد أصدره بعد عزله من رئاسة الرابطة وفقده الصفة فى تمثيلها وأنها تبعا لذلك لا تحاج به ، وكان الحكم المطعون فيه اعتد بهذا التاريخ مستندا فى ذلك إلى قوله « إن المستأنف عليه الثانى (المطعون عليه الثانى) كان رئيسا للرابطة وقت أن وقع السند محل الدعوى بهذه الصفة إذ أن السند المذكور مؤرخ فى ١٩٦٠/٦/٦ فى حين قدم المستأنف (الطاعن) محضر جلسة للرابطة برئاسة المستأنف عليه الثانى تاريخه ١٩٦٢/٧/٦ دون بحث هذه المنازعة والوقوف على حقيقتها رغم انطوائها على دفاع جوهرى يحتمل معه أن يتغير وجه الرأى فى الدعوى ، فإنه يكون معيبا بالقصور بما يتوجب نقضه دون حاجة لبحث السبب الثانى للطعن (نقض جلسة ١٩٧١/٥/٢٧ السنة ٢٢ ص ٧٠٢)

المبحث الثالث
القرائن القانونية فى عبء إثبات سبب العقد

تنص المادة ١٣٧ مدنى على أنه :

١ - كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك .

٢ - ويعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه » .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا الموضوع ما يأتى :

« أما فيما يتعلق بإثبات السبب فله قاعدتان أساسيتان :

١ - افتراض توافر السبب المشروع فى الالتزام ولو أغفل ذكره فى العقد إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك ، ويكون عبء إثبات عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته على عاتق المدين الذى يطعن فى العقد .

٢ - افتراض مطابقة السبب المذكور فى العقد للحقيقة إلى أن يقيم المدين الدليل على صوريته فإذا أقيم هذا الدليل وجب على الدائن أن يثبت توافر الالتزام على سبب حقيقى تلحق به صفة المشروعية » .

تفرق هذه المادة بين فرضين :

الأول : ألا يكون السبب مذكورا فى المحرر الكتابى المثبت للتعاقد .

والثانى : أن يكون السبب مذكورا فيه .

ففيما يتعلق بالفرض الأول :

فقد كان التطبيق الطبيعى للمبادئ العامة فى الإثبات أن يقوم الدائن بإثبات سبب العقد لأنه المكلف بإثبات الدين ، إلا أن المشرع وضع قرينة قانونية مقتضاها أنه عند عدم ذكر السبب فيفترض أن للعقد سببا مشروعا ، وهذه القرينة بسيطة فيجوز للمدين أن يثبت بكافة طرق الإثبات بما فى ذلك البينة والقرائن أن للعقد سببا غير مشروع ، فإذا

أثبت ذلك قضى ببطلان العقد . هذا مع ملاحظة أنه يشترط لبطلان العقد لعدم مشروعية السبب أن يكون السبب غير المشروع معلوما من الطرفين ، وعلى المدين إذا كان العقد من عقود المعاوضات إثبات علم الدائن بعدم مشروعية السبب .

أما فيما يتعلق بالفرض الثانى :

وفيه يكون السبب مذكورا فى المحرر الكتابى المثبت للعقد ، فقد وضع المشرع كذلك قرينة قانونية من مقتضاها أن السبب المذكور هو السبب الحقيقى ، غير أن هذه القرينة قرينة بسيطة يجوز إثبات عكس دلالتها ، والمكلف بهذا الإثبات هو المدين .

والمدين إما أن يقتصر على إثبات صورية السبب ، وإما أن يثبت رأسا عدم مشروعيته فإذا اقتصر المدين على ادعاء صورية السبب وجب عليه إثبات ما يدعيه كتابة ، لأن القاعدة أنه لا يجوز إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة إلا بالكتابة .

فإذا استطاع المدين إثبات صورية السبب ، انتقل عبْ الإثبات إلى الدائن وتعين عليه إثبات السبب الحقيقى المشروع .

أما إذا ادعى المدين أن السبب المذكور فى العقد هو فى حقيقته سبب غير مشروع كان عليه إثبات هذا الادعاء ، وله فى سبل ذلك أن يلجأ إلى كافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن دون أن يقيد بقاعدة عدم جواز الالتجاء إلى البينة فى إثبات ما تزيد قيمته عن عشرين جنيها ، أو بقاعدة عدم جواز نقض الثابت بالكتابة إلا بالكتابة ، لأن الأمر يتعلق بعمل مخالف للنظام أوالآداب ، أى بعمل غير مشروع وعدم المشروعية جائز إثباته بكافة طرق الإثبات .

وينظر فى توافر السبب ومشروعيته إلى وقت انعقاد العقد .

والجزاء على عدم مشروعية السبب هو بطلان الالتزام ، فإذا كان العقد قد أفرغ فى عقد بيع صورى ، وثبت أن السبب غير مشروع ، بأن انعقد نظير دين قمار فإن عقد البيع يعتبر باطلا .

أحكام النقض :

– لا يلزم أن يكون الغرض من التعاقد واردا فى العقد ، بل

للمحكمة أن تستخلصه من وقائع الدعوى وما تعارف عليه الناس (نقض ٢٤ / ١٢ / ١٩٥٣ طعن رقم ٩٤ لسنة ٢١ ق منشور بمجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة الجزء الثانى ص ٨٣٧) .

- السبب القانونى فى عقد القرض هو دفع المقرض نقودا إلى المقترض ، ومن هذا الدفع يتولد الالتزام برد المقابل ، فإذا انتفى السبب بهذا المعنى بطل العقد . (نقض ٣ / ١١ / ١٩٣٢ طعن رقم ٣٣ سنة ٢ ق ومنشور بالمرجع السابق ص ٨٣٧) .

٢ - مجرد توقيع مصدر السند عليه يفيد التزامه بدفع قيمته ولو لم يذكر فيه سبب المديونية ذلك أن كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك ، ويقع عبء الإثبات على من يدعى انعدام السبب . (نقض ٨ / ٤ / ١٩٥٤ طعن رقم ١٩٩ سنة ٢١ ق ومنشور بالمرجع السابق ص ٨٣٧) .

٣ - نصت المادة ١٣٧ من القانون المدنى على أن كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك ، ويعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سببا أخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه ومؤدى ذلك أن القانون وضع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سببا مشروعا ولو لم يذكر هذا السبب ، فإن ذكر فى العقد فإنه يعتبر السبب الحقيقى الذى قبل المدين أن يلتزم من أجله فإذا ادعى المدين عدم مشروعية السبب ، فإن عبء إثبات ذلك يقع على عاتقه ، أما إذا كان دفاعه مقصورا على أن ، السبب المذكور بالعقد هو سبب صورى فعليه أن يقدم للمحكمة الدليل القانونى على هذه الصورية ، وبذلك ينتقل عبء إثبات أن للعقد سببا آخر مشروعا إلى عاتق المتمسك به وإذن فمتى كان الطاعنان لم يقدما الدليل على صورية السبب المدون فى السندات موضوع الدعوى وكانت المحكمة قد رأت فى حدود سلطتها الموضوعية أن القرائن التى ساقها الطاعنان ليستدلا بها على عدم مشروعية سبب الدين غير جدية وغير كافية لإضعاف الدليل الذى قدمه المطعون عليه وهو إثبات قرضه بسندات إذنية ثابت بها أن قيمتها دفعت للمفلس أو لضامنه وأن هذه

القرائن لا تبرر إجابة الطاعنين إلى طلب إحالة الدعوى على التحقيق فإنها لا تكون قد خالفت مقتضى المادة ١٣٧ من القانون المدنى . (نقض ٢ / ٤ / ١٩٥٣ طعن رقم ٤٠٦ لسنة ٢١ ق ومنشور بالمرجع السابق ص ٨٣٧) .

٤ - إذا كان السند الإذنى الذى بنى عليه الحكم قضاءه بإلزام المدين بأن يدفع إلى الدائن قيمته قد جاء به أن القيمة وصلت المدين فإنه يكون صريحا فى أن لالتزام المدين سببا . على أن مجرد عدم ذكر السبب لا يبطل السند إذ التزام المدين قرينة قانونية على توافر السبب المشروع وللمدين نفى هذه القرينة بإقامة الدليل العكسى كما هو شأنه إذا ادعى أن السبب المدون فى سند الالتزام أريد التستر به على سبب غير مشروع ، ولمحكمة الموضوع فى الحالتين مطلق السلطة فى تقدير الأدلة التى يتذرع بها المدين فإذا ادعى أن سبب السند الذى التزم بوفاء قيمته هو سبب غير مشروع لأنه كان لقاء امتناع الدائن عن مزاحمته فى مزاد وطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك ، فرفضت المحكمة طلبه لما اقتنعت به من بطلان هذا الادعاء من الأدلة التى استندت إليها فلا مخالفة للقانون فيما فعلت . إذ هى غير ملزمة بإحالة الدعوى على التحقيق لسماع بينة عن وقائع استيقنت من العناصر القائمة فى الدعوى عدم صحتها . (نقض ٦ / ٤ / ١٩٥٠ طعن رقم ١٣٩ لسنة ١٨ ق ومنشور بالمرجع السابق ض ٨٣٧) .

٥ - عقد القرض يجوز إثبات صورية سببة بالأوراق الصادرة من المتمسك به . فإذا كانت سندات الدين مذكورا فيها أن قيمتها دفعت نقدا ثم اتضح من الرسائل الصادرة من مدعيه الدين إلى مدينها فى مناسبات وظروف مختلفة قبل تواريخ السندات وبعدها أنها كانت تستجدى المدين وتشكر له إحسانه عليها وتبرعه لها فهذه الرسائل يجوز اعتبارها دليلا كتابيا كافيا فى نفى وجود قرض حقيقى (نقض ٣ / ١١ / ١٩٣٢ طعن رقم ٣٣ سنة ٢ ق ومنشور بالمرجع السابق ص ٨٣٧ بند ٤١) .

٦ - أنه بناء على المادة ٩٤ من القانون المدنى يجب فى كل تعهد أن يكون له سبب مشروع فإذا دفع المدعى عليه ببطلان السند المطالب

بقيمته لصدوره من المورث وهو فى حالة عته ولعدم وجود سبب للدين الوارد به ، وقصرت المحكمة بحثها على مسألة العته وانتهت إلى التقرير بأن المورث كان وقت تحريره السند سليم العقل مدركا لنتائج تصرفاته ، ثم قضت بإلزام الورثة بدفع قيمته فإن حكمها يكون مشوبا بالقصور لعدم تعرضه للدفع بعدم وجود السبب خصوصا إذا كان من تمسك به يستند فى تأييد مدعاه إلى أوراق قدمها ، والمدعى نفسه يقرر أن السبب المذكور فى السند لم يكن حقيقيا وإنما حرر بما كان باقيا له فى ذمة مورث المدعى عليه من حساب الوصاية (نقض ٢٨ / ٥ / ١٩٤٢ طعن رقم ٦٠ لسنة ١١ ق ومنشور بالمرجع السابق ص ٨٣٨ بند ٤٢) .

٧ – إذا كانت واقعة الدعوى هى أنه ، حسما للنزاع القائم بين فريق قبيلتى السناقرة والقطعان وبين فريق الجبيهات بسبب حادثة قتل أحد أفراد السناقرة وآخر من القطعان واتهام قبيلة الجبيهات فيهما ، اتفق بعض أفراد الفريقين بمقتضى كتابة موقع عليها منهم على أن يحكموا فى هذا النزاع قومسيون تحكيم مؤلفا من حكمدار البحيرة رئيسا وثمانية أعضاء محكمين اختار كل فريق أربعة منهم ، وقرر الجميع أنهم قابلون للحكم الذى يصدر من هذا القومسيون مهما كان ، وأنهم مستعدون لتنفيذه بكل الطرق ، وأن قومسيون التحكيم المذكور أصدر حكمه بثبوت حصول القتل من قبيلة الجبيهات وبإلزام الموقعين عليه من أفراد هذه القبيلة بأن يدفعوا إلى الموقعين عليه من أفراد قبيلتى السناقرة والقطعان مبلغ أربعمائة جنيه دية عن كل واحد من القتيلين بمجرد إتمام حلف أولياء دم كل قتيل خمسة وخمسين يمينا بأن القتل حصل من قبيلة الجبيهات ، ووقع على هذا الحكم بعض أفراد هذه القبائل فإن هذا الحكم يرتب على الموقعين عليه من أفراد قبيلة الجبيهات تعهدا بدفع مبلغ ثمانمائة جنيه للموقعين عليه من قبيلتى السناقرة والقطعان ملعقا على شرط حلف عدد معلوم من الأيمان وهذا الشرط الذى قبل الطرفان تعليق تنفيذ التعهد على تحققه ليس مخالفا للقانون بل له أصله فى القسامة فى مسائل الدية فى الشريعة الإسلامية ، فهو إذن تعهد مستوف كل العناصر القانونية الواجب توافرها فى التعهدات ، وسببه ، وهو حصول المتعهدين على الصلح بينهم هم وباقى أفراد

قبيلتهم وبين المتعهد لهم وباقى أفراد القبيلتين الأخريين بخصوص حادثة القتل هو سبب صحيح جائز قانونا ، فالحكم الذى لا يعتبر هذا تعهدا ملزما يكون مخالفا للقانون (نقض ١٨ / ٥ / ١٩٤٤ طعن رقم ٤٧ لسنة ١١ ق ومنشور بالمرجع السابق ص ٨٣٨ بند ٤٤) .

٨ - وحيث أن الحكم قال فى هذا الخصوص « وحيث أن المدعى عليه (الطاعن) قال فى مذكرته كيف لا يطالب المدعيان بدينهما الجسيم ومدينهما يتجرد بحضورهما من كافة ما يملك بمقتضى العقود الصادرة منه والمشار إليها فى ورقة الإقرار ، أليس هذا بقاطع فى أنه حتى تاريخ تحرير ورقة الإقرار لم يكن المورث يعلن أن عليه دينا للمدعين ، وقال المدعى عليه الأول أيضا (الطاعن) أن عقود البيع المقدمة بنفس حافظة شحاته معوض عليها إمضاء المورث وبصمة ختمه ، بينما سند الدين المطالب به موقع عليه ببصمة ختمه فقط ، ولهذا يعتقد اعتقادا جازما بأن السند مزور ، إذ لو كان له وجود لأشار إليه المورث فى إقرار سنة ١٩٤٧ ، ولاحتفظ المدعيان بحقهما فى المبلغ الكبير عند توزيع التركة ، فالتزوير واضح ويمكن للمحكمة أن تقضى برد السند وبطلانه ، ولو فرض صحة السند فهو باطل لصوريته ، ودليلها عدم الإشارة إلى الدين فى الإقرار ، وهو يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة على الصورية وأن السند باطل لانعدام سببه ، وأن ورقة ٣٠ من يونيه سنة ١٩٤٧ (أى ورقة الإقرار) حاسمة فى تخالص المورث من السند وهى نافية لوجود أى مديونية ، وذلك لأن المدعيين اعترفا فى الإقرار بأن المورث لعدم وجود نسل له أعطى وتبرع لهما بـ ٢٣ قيراطا وكسورا فكيف يكون واهبا وهو مدين بالمبلغ الجسيم .. الخ . وحيث أن المدعيين أجابا على هذا الدفاع المتقدم بانعدام الدليل على التزوير ، لأن السكوت عن المطالبة بالدين إلى ما بعد وفاة المدين لا يدل على التزوير ، كما لا يدل عليه تعاقد الدائنين أو أحدهما مع المدين على شراء بعض أرضه أو تصرف المدين فى الجانب الأكبر من ثروته بعلم الدائنين فإن الصورية لا تثبت وإن تصرف المدين فى كل أو بعض أمواله بعلم الدائنين لا يدل على صورية المديونية أو على انعدام سبب الالتزام وإنه مع الفرض الجدلى بأن السند بغير مقابل فإنه يعتبر هبة فى صورة إقرار بدين مستكمل لجميع شروطه فهى

صحيحة ونافذة ، أما ادعاء التخالص فمردود بما جاء فى السند بعدم جواز إثباته بغير الحصول على السند مؤشرا عليه بخط الدائنين بما يفيد السداد ، وأن المورث شرع فى الوفاء بجزء من دينه بطريق الوفاء بمقابل ولكنه توفى قبل إنجاز العقد ومادام ورثته ينازعون فى عقد البيع فلا يتمسك به المدعيان . وحيث أن ورقة الإقرار المؤرخة ٣٠ من يونيه سنة ١٩٤٧ لم يوقع عليها « من باشا واصف » وهى لا ترى فيما ساقه المدعى عليه الأول (الطاعن) من القرائن ما يهدر صحة السند المطالب بمقتضاه من تزوير أو بطلان للصورية أو انعدام السبب ، وذلك للأسباب التى أوردها المدعيان بمذكرتهما والسالف بيانها » ، ولما كان يبين من هذا الذى أورده الحكم أن المحكمة لم تر فيما ساقه الطاعن من قرائن على ما ادعاه من تزوير السند المطالب بقيمته ما يقنعها باستعمال الرخصة المخولة لها قانونا فى القضاء برده وبطلانه ، بل استخلصت من ظروف الدعوى وملابساتها أن الادعاء بالتزوير غير جدى ، وكان تقديرها فى هذا الخصوص فى حدود سلطتها الموضوعية ولا عيب فيه . لما كان ذلك ، فإن النعى على المحكمة بعدم أخذها بالقرائن المشار إليها يكون على غير أساس ، أما فيما يختص بتعييب الحكم فيما قرره من أن الطاعن بوصفه وارثا لا يجوز له الطعن فى سند إقرار مورثه إلا إذا قدم ورقة ضد مع أنه بالنسبة للتصرفات الضارة به يعتبر من الغير ، فهو قول فى غير محله ذلك لأن الوارث - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - حكمه حكم المورث فلا يجوز له إثبات صورية سند صادر من مورثه إلى الغير إلا بالكتابة إلا إذا طعن فى هذا السند بأنه ينطوى على الإيصاء أو أنه صدر فى مرض موته وليست حالة الدعوى كذلك ، أما ما يتحدى به الطاعن من أن قيام المانع الأدبى بين المورث والمطعون عليهما الأولين كان يجيز إثبات صورية السند بالبينة فهو قول غير مقبول ، إذ لم يقدم الطاعن إلىٰ هذه المحكمة دليلا رسميا على سبق تمسكه بهذا الوجه من الدفاع لدى محكمة الموضوع . وأما ما يعيبه الطاعن على الحكم من أنه لم يعتبر الإقرار المحرر فى ٣٠ من يونيه سنة ١٩٤٧ مبدأ ثبوت بالكتابة على صحة مطاعنه على السند يجيز له طلب تكملته بالبينة فهو تعييب فى غير محله ، ذلك أن تقدير ما إذا كانت الورقة

تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة هو من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع ، وما أورده الحكم فى أسبابه يفيد أن ما تضمنه الإقرار المشار إليه لا يعتد به كمبدأ ثبوت بالكتابة . (نقض ٢٤/١٢/١٩٥٣ - السنة ٢٤ ص ٢٩٧)

٩ - وحيث أن السببين الثالث والرابع يتحصلان فى أن الحكم المطعون فيه قد ذهب إلى أن عقد البيع وقع باطلا لأنه بغير سبب تأسيسا على أن الطاعن قد تنازل عن طلب الحجر المقدم منه ضد عمه مورث المطعون عليهم مع أن الحجر من مسائل الحسبة مما يجعل التصالح عليه باطلا لوروده على حق موهوم لا وجود له وقد أوجب القانون لصحة الالتزام أن يكون له سبب حقيقى ومشروع ، وليس صحيحا أن التنازل عن طلب الحجر يعتبر واردا على حق موهوم . لأن الطاعن قد سار فى إجراءات الحجر إلى النهاية . وقدمت النيابة القضية للجلسة . وقام الطبيب الشرعى بفحص حالة عمه ولم يتنازل الطاعن من أجل وهمية السبب . بل تنازل عنه عندما طولب بفرق الرسوم . وأضاف الطاعن أن السبب فى عقد البيع هو ما ذكر فيه من أداء الثمن . ولم يقم الدليل على صورية السبب وعدم مشروعيته ، وقد انتهت المحكمة إلى بطلان عقد البيع دون بيان الأدلة التى استندت إليها فى أن السبب موهوم أو صورى أو غير موجود مما يجعل الحكم مشوبا بالقصور ومخالفة القانون .

وحيث أن الحكم المطعون فيه أقام قضاءه على ما أورده فيما يلى بعد أن أشار إلى ما جاء فى الشكوى الإدارية رقم ١١٦١ سنة ١٩٥١ وما جاء فى مذكرة الطاعن المقدمة فى قضية الجنحة ١٥٢٧ سنة ١٩٥٢ أبنوب فقال « إنه بالاطلاع على عقد الصلح المقدم يتضح أنه ورد بالبند الأول منه تنازل من المستأنفين عن ١٢ ف و ١٢ ط ثمانية أفدنة من هانم وأربعة ونصف من المورث ، وفى البند الثانى تنازل (الطاعن) عن قضية الحجر الذى يقابل تنازل عمه وكريمته عن الأطيان . وتستخلص المحكمة من هذه البيانات التى وردت على لسان المستأنف عليه أن عقدى البيع والصلح لم يحررا إلا تحت تأثير الضغط والإكراه .. وفضلا عما تقدم فيبين من الوقائع التى وردت على لسان المستأنف عليه السابق

بيانها أن الباعث للعمدة وكريمته على التنازل للمستأنف ضده عن نصيبه فى الميراث هو الرغبة الشديدة فى الحصول منه على التنازل عن طلب الحجر ويدل على ذلك أن العقدين الصلح والبيع ـ والأول منصوص فيه على التنازل عن طلب الحجر ـ مؤرخان فى يوم واحد هو يوم ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٥٠ . وقد حضر المستأنف عليه فى اليوم التالى ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٠ أمام وكيل النيابة الحسبية وصمم على طلب الحجر ثم حضر أمام الطبيب الشرعى الذى ندب للكشف على عمه فى دعوى الحجر فى يوم ٧ نوفمبر سنة ١٩٥٠ وصمم على أن عمه مريض بما يخول الحجر عليه . وأثبت الطبيب فى محضره ذلك كما يتضح من الاطلاع عليه . ولما طولب فى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٥٠ بفرق الرسم بعد أن ظهر أن الدعوى كلية تنازل عن الطلب وأثبت ذلك وكيل النيابة فى محضره المؤرخ ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ وقدم القضية للجلسة . ويبين من هذا أن المستأنف عليه لم يتنازل عن طلب الحجر تنفيذا للتعاقد بل بقى مصرا عليه لغاية آخر ديسمبر سنة ١٩٥٠ مع أن وعده بالتنازل كان فى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٥٠ . على أن طلب الحجر هو حق لكل فرد لأن دعوى الحجر دعوى حسبة فتنازله عن طلب الحجر كان تنازلا عن حق موهوم لا وجود له ، وعلى ذلك يكون التنازل عن الصفقة قد وقع باطلا – وذلك لأن السبب يجب أن يكون حقيقيا غير كاذب كما يجب أن يكون مشروعا . ويكون السبب كاذبا إذا كان موهوما أو صوريا . والسبب يكون موهوما إذا لم يكن موجودا وإعتقد أحد المتعاقدين خطأ أنه موجود . ويخلص مما تقدم أن التعاقد على البيع قد تم بلا سبب . ومتى كان كذلك فيكون باطلا .. وحيث إنه لا يبقى بعد ما تقدم إلا ما أثاره الحاضر عن المستأنف ضده فى مذكرته من أن عقد البيع قد تم صحيحا فهو يشمل رضاء وقبولا ومبيعا وثمنا . وقد وضح فيما سبق بيانه أن التعاقد قد تم تحت تأثير الإكراه أى بغير رضاء صحيح – أما الثمن فقد وضح فيما تقدم أن المستأنف عليه قد ذكر فى إجابته بالشكوى المقدمة من المستأنفة الثانية عبارة – وفعلا اتفنا على ذلك وحررنا عقد صلح وبوقته عقد بيع وتم عقد البيع على ذلك على انى أتنازل عن دعوى الحجر المرفوعة منى ضد عمى وهذا ما حصل – وترى هذه المحكمة أن فى إيراد هذه العبارة

ـ دون أن يذكر به شيء عن الثمن - أن الثمن الوارد بالعقد غير جدى . إذ كل ما فى عبارته التى أوردها فى أقواله فى الشكوى هو تنازل عن صفقة مقابل تنازل عن طلب حجر - وفى سبيل تنفيذها كتب عقد البيع - ومن المتفق عليه - أنه فى حالة ذكر ثمن فى العقد يستطيع المدين أن يثبت أن هذا السبب غير صحيح - وأنه ذكر لإخفاء السبب الحقيقى الغير مشروع - وذلك بكافة الطرق لأن صورية السبب أريد بها - إخفاء عدم مشروعيته . ويخلص من ذلك أن عقد البيع وقع باطلا لأنه بغير سبب صحيح ، والثمن الوارد به غير حقيقى وقصد بذكره إخفاء سببه الصحيح وهو التنازل عن دعوى الحجر ويخلص من ذلك أن ما ذكره وكيل المستأنف ضده فى مذكرته من أن ما ثبت بعقد بالكتابة لا يدحضه إلا دليل كتابى آخر قد تقدم به المستأنف ضده نفسه فى أقواله بالشكوى المذكورة » .

وحيث إن المادة ١٣٦ من القانون المدنى تنص على أنه إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا ، وتنص المادة ١٣٧ من ذلك القانون على أن كل التزام له سبب يفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك . ويعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك . فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه ومؤدى هذا أن القانون قد وضع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سببا مشروعا - ولو لم يذكر هذا السبب - فإن ذكر فى العقد فإنه يعتبر السبب الحقيقى الذى قبل المدين أن يلتزم من أجله - وإذا ادعى المدين أن السبب المذكور فى العقد هو سبب صورى فعليه أن يقدم الدليل القانونى على هذه الصورية - وبذلك ينتقل عبُ إثبات أن للعقد سببا آخر مشروعا على عاتق المتمسك . ولما كان يبين مما أورده الحكم المطعون فيه أن ثمة تلازما بين عقد البيع وعقد الصلح الذى تضمن التنازل عن دعوى الحجر المبرمين فى تاريخ واحد وأن المحكمة فى حدود سلطتها الموضوعية قد استخلصت بأدلة سائغة مستمدة من أقوال الطاعن وإقراراته والشكوى الإدارية أنه لم يدفع ثمنا إلى المطعون عليها الأولى

ومورثها – فإنها تكون بذلك قد تحققت من صورية السبب الوراد فى عقد البيع – ومن أن عقد البيع إنما حرر فى مقابل التنازل عن دعوى الحجر – لما كان ذلك ، وكانت المادة ٥٥١ من القانون المدنى لا تجيز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية – فإن عقد الصلح المؤرخ ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٥٠ فيما اشتمل عليه من تنازل عن قضية الحجر يكون عديم الأثر قانونا – والحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى بطلان عقد البيع يكون صحيحا قانونا فى نتيجته ولا جدوى بعد ذلك من النعى بما أثاره الطاعن فى السببين الثانى والخامس بشأن خطأ الحكم فيما استظهره من أن العقد شابه إكراه .

وحيث أنه لما تقدم يكون الطعن على غيّر أساس متعين الرفض . (نقض ٢٧/١٢/١٩٦٢ السنة الثالثة عشرة ص ١٢١٤) .

١٠ – السبب ركن من أركان العقد فينظر فى توفره وعدم توفره إلى وقت انعقاد العقد فإن انعقد صحيحا بتوفر سببه فإنه لا يمكن أن يقال بعد ذلك بتخلف هذا السبب بعد وجوده . فإذا كانت الخطبة هى السبب فى هذا النوع من الهبات – الشبكة – وذلك باعتبارها الباعث الدافع للتبرع فإن فسخها لا يمكن أن يؤدى إلى انعدام هذا السبب بعد أن تحقق (نقض ٢٤/١٠/١٩٦٣ السنة الرابعة عشر ص ٩٦٧) .

١١ – وحيث إن هذا النعى صحيح ذلك أنه يبين من الصورة الرسمية لمذكرة الطاعن الختامية المقدمة إلى محكمة الاستئناف ومن تقريرات الحكم المطعون فيه أن الطاعن دفع بانعدام سبب التزامه بالدين على أساس أن ما ذكر فى السند من أن القيمة دفعت من الدائن نقدا إلى بنك مصر وبنك التسليف يخالف الحقيقة إذ أن الدائن بعد أن اتفق مع الطاعن على أن يودع لحسابه هذا المبلغ فى البنكين وحصل على السند بالصيغة التى حرر بها اعتمادا على الوفاء بتعهده نكل وأودع المبلغ لحسابه هو تأمينا لعملية تجارية استقل بها وبعد انتهائها استرده من البنكين ولما كان يبين من تقريرات الحكم المطعون فيه أن الطاعن تمسك بأن السند حرر لضمان عمليات تجارية – وهو ما يندرج تحته الادعاء بتجاريه الالتزام المطالب به – وبنى على ذلك جواز إثبات واقعة عدم قيام الدائن بإيداع قيمة السند لحساب الطاعن فى البنكين على

خلاف الثابت فى السند – بطرق الإثبات كافة وعلى هذا الأساس طلب الطاعن التصريح له بإدخال بنك مصر فرع المنصورة وبنك التسليف فرع فارسكور لإثبات أن إيداع الطاعن قيمة السند كان لحسابه هو لا لحساب الطاعن وكان الحكم المطعون فيه قد رفض تمكين الطاعن من إثبات انعدام سبب التزامه تأسيسا على ما قاله الحكم من « أن السند صريح فى أن قيمته وصلت نقدية دفعت لبنك مصر وبنك التسليف وهذا إقرار من المستأنفين – الطاعن وضامنه المطعون ضده الأخير ـ بدفع القيمة فعلا ولو كان الأمر كما يدعيان لذكرا أن القيمة تدفع لهذين البنكين حتى يمكن أن ينصرف المعنى إلى التفسير الذى يقولان به ويكون ادعاؤهما عدم دفع قيمة السند لحسابهما إلى البنكين المذكورين ادعاء غير صحيح » وأضاف الحكم إلى ذلك قوله « أن المستأنفين قد اضطربا فى دفاعهما فزعما أولا بصورية السند وأنه حرر لضمان عمليات تجارية ثم ادعيا أنه حرر بصفة تأمين لعملية ضرب أرز التموين وأن التأمين أودع بنك مصر وبنك التسليف باسم مورث المستأنف عليهم وطالبا المستأنف عليهم بتقديم الدليل على أن مورثهم دفع المبلغ باسمهما مع أن السند صريح فى أن المبلغ دفع فعلا لهذين البنكين » . ورد الحكم على طلب الطاعن التصريح له بإدخال فرع بنك مصر بالمنصورة وفرع بنك التسليق بفارسكور بأنه « لا دليل فى الأوراق على آن هذين الفرعين بالذات هما اللذان أودع بهما المبلغ الوارد بالسند وقد خلا السند من الإشارة إليهما وهو صريح فى أن المبلغ دفع فعلا وأقر المستانف ذلك بتوقيعه عليه » . ولما كان ذكر سبب الالتزام فى العقد لا يمنع المدين من إثبات أن هذا السبب غير حقيقى وأن الالتزام فى الواقع معدوم السبب ولئن كان هذا الادعاء لا يجوز إثباته بغير الكتابة إذا كان الالتزام مدنيا لأنه ادعاء بما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابى إلا أن إثباته يكون جائزا بطرق الإثبات كافة إذا كان الالتزام تجاريا وذلك وفقا لما جرى عليه قضاء هذه المحكمة من جواز إثبات ما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابى بغير الكتابة فى المواد التجارية ومن ثم فإنه لو صح ما تمسك به الطاعن من آن التزامه تجارى فإن تأسيس الحكم المطعون فيه قضاءه برفض طلب الطاعن تمكينه من إثبات انعدام سبب التزامه بغير الكتابة

على أن سبب الدين قد ذكر صراحة فى السند وأن هذا يعتبر إقرارا من الطاعن المدين بوجود ذلك السبب وبصحته ، هذا التأسيس يكون مخالفا للقانون لما ينطوى عليه من مصادرة لحق الطاعن فى نقض ما هو مذكور فى السند بطرق الإثبات كافة . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أغفل بحث دفاع الطاعن المتضمن أن الالتزام تجارى فإنه بذلك قد أعجز محكمة النقض عن التحقق من صحة تطبيقه للقانون . أما استناد الحكم إلى اضطراب الطاعن فى دفاعه فإنه غير صحيح ويخالف الثابت فى الأوراق ذلك أن دفاع الطاعن – على ما يبين من صحيفة معارضته فى أمر الأداء المقدمة بملف الطعن – استقر منذ البداية على أن سبب التزامه معدوم لأن الدائن كان قد تعهد له بإيداع قيمة السند لحسابه بصفة تأمين لعملية إتجار فى الأرز ولكنه – أى الدائن – نكل عن تعهده بعد حصوله على السند وأودع المبلغ لحسابه هو تأمينا لتلك العملية التى استقل بها ثم استرد المبلغ بعد انتهائها ، والطاعن حين ادعى أمام المحكمة الابتدائية بصورية السند بنى هذه الصورية على أن الدائن لم يودع قيمة السند لحسابه فى البنكين خلافا لما ذكر فى السند بما يكون معه التزامه معدوم السبب . كذلك فإنه لما كان الطاعن قد قصد من إدخال فرع بنك مصر بالمنصورة وفرع بنك التسليف بفارسكور أن يثبت ما ادعاه من أن الدائن – مورث المطعون ضدهم الثلاثة الأول – قد أودع قيمة السند لديهما لحسابه هو وليس لحساب الطاعن وأن الدائن استرد المبلغ بعد ذلك الأمر الذى يجعل التزام الطاعن معدوم السبب وكان المطعون ضدهم المذكورون لم يدعوا أن مورثهم أودع قيمة السند لحساب الطاعن فى غير هذين الفرعين وقد ورد ذكر بنك مصر وبنك التسليف فى السند فإن الحكم المطعون فيه إذا استند فى رفض طلب الطاعن التصريح له بإدخال فرعى البنكين المذكورين إلى مجرد عدم الإشارة إليهما بالذات فى سند الدين وإلى أن هذا السند صريح فى أن قيمته قد دفعت فعلا فإنه يكون قد استند إلى أسباب غير سائغة ليس من شأنها أن تبرر رفض ذلك الطلب .

وحيث أنه لما تقدم يكون الحكم المطعون فيه قد خالف القانون وشابه القصور بما يستوجب نقضه . (نقض ٢٧/١٠/١٩٦٦ سنة ١٧ ص ١٥٩٢) .

١٢ - وحيث أن هذا النعى صحيح ذلك أنه يبين من الحكم المطعون فيه ومن المذكرة المقدمة من الطاعن إلى محكمة الاستئناف أنه تمسك أمام تلك المحكمة بدفاعه الوارد بسبب النعى وطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات صورية السبب المذكور فى الإيصال المؤرخ أول يوليه سنة ١٩٥٩ سند دعوى المطعون ضدها وذلك على أساس ما تضمنه الخطاب الصادر إليه من المطعون ضدها والمذيل بتوقيعها والذى اعترفت عند استجوابها بجلسة ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٦١ بصدوره منها فى ٢٣ يوليه سنة ١٩٥٩ يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يجوز للطاعن أن يكمله بالبينة وقد رد الحكم المطعون فيه على هذا الدفاع بقوله « وبما أنه فيما يتعلق بما دفع به المستأنف (الطاعن) من صورية سبب السند موضوع الدعوى وطلبه الإحالة إلى التحقيق لإثبات مدعاه فى هذا الصدد فإنه مردود بأن الصورية بين المتعاقدين فيما هو ثابت بالكتابة لا تثبت إلا بالكتابة ومادام المستأنف لم يقدم مكتوبا على صحة ما يدعيه إذ لم يكن هناك ما يحول دون ذلك فإن ادعاءه يضحى عديم الأثر ويتعين لذلك إطراحه » وهذا الذى قرره الحكم لا يصلح ردا على دفاع الطاعن آنف الذكر ذلك أنه وإن كان صحيحا أن سبب الالتزام متى كان ثابتا بالكتابة فإنه لا يجوز للمتعاقدين إثبات صوريته إلا بالكتابة إلا أن المشرع قد أجاز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ومتى تعزز هذا المبدأ بالبينة أو القرائن فإنه يقوم مقام الدليل الكتابى الكامل فى الإثبات وإذا كان تقدير الورقة المراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من حيث كونها تجعل الأمر المراد إثباته قريب الاحتمال أو لا تجعله هو مما تستقل به محكمة الموضوع إلا أنه يجب على هذه المحكمة متى تمسك الخصم أمامها بورقة مكتوبة صادرة من خصمه على اعتبار أنها تكون مبدأ ثبوت بالكتابة وطلب الإحالة إلى التحقيق لتكملة هذا المبدأ بشهادة الشهود ، على المحكمة أن تقول كلمتها فى هذه الورقة من جهة كونها تجعل الواقعة المدعى بها قريبة الاحتمال أولا تجعلها ، فإن هى أغفلت ذلك وأطرحت الورقة بغير إبداء أسباب لهذا الإطراح فإن حكمها يكون قاصر البيان مستوجبا نقضه . لما كان ذلك وكان لا يوجد فى أسباب الحكم المطعون فيه ولا فى أسباب الحكم الابتدائى التى أحال

إليها ما يصلح ردا على دفاع الطاعن المتضمن أن الخطار المرسل إليه من المطعون ضدها فى ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٩ والتى أقرت بصدوره منها عند استجوابها بمعرفة المحكمة يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة وطلبه الإحالة إلى التحقيق لتكملة هذا المبدأ بشهادة الشهود . لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا بمخالفة القانون والقصور بما يستوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن .
(نقض جلسة ٥/٥/١٩٦٦ السنة ١٧ - ص ١٠٣٥)

١٣ - وحيث أن هذا النعى غير سديد فى شقه الأول وذلك أن ما قرره الحكم المطعون فيه من أنه يمتنع على الطاعن أن يحتج فى وجه المطعون ضده بانعدام سبب الالتزام الظاهر فى السندين وهو بصدد الرد على ما دافع به الطاعن من أن هذين السندين من سندات المجاملة قصد منهما محررهما إلى معاونة المستفيد فى إيجاد ائتمان له بالحصول على قيمتهما من أحد المصارف . ما قرره الحكم فى هذا الشأن لا يتناقض مع ما قاله من أن محرر السندين المذكورين ليس بتاجر وإن سبب تحريرهما مستمد من عقد المقاولة ومن ثم يكون التناقض المدعى به لا وجود له فى الحكم والنعى فى شقه الثانى مردود بأنه لما كان الطاعن لم يقدم لمحكمة الموضوع دليلا على ما قاله من أن التزامه بقيمة السندين موضوع الدعوى كان معلقا على شرط هو إتمام المقاولة قبل موعد استحقاقها ، فلا تثريب على المحكمة إن هى التفتت عن الرد على هذا الدفاع الذى لم يقم عليه دليل . (نقض ٢٢/٦/١٩٦٧ - السنة ١٨ ص ١٣٣٠) .

١٤ - وحيث أن هذا النعى مردود بأن الحكم المطعون فيه أقام قضاءه فى هذا الخصوص على قوله « وحيث أنه وإن كان لمحرر السند الإذنى المدنى أن يحتج قانونا فى وجه المحال بالدفوع التى كان يستطيع أن يدفع بها قبل دائنه المحيل . إلا أنه من المقرر قانونا أن يمتنع عليه الاحتجاج على المحال حسن النية بانعدام سبب الالتزام الظاهر فى السند وترتيبا على ذلك يكون من غير المقبول أن يدفع المستأنف (الطاعن) فى مواجهة المستأنف عليه (المطعون ضده) وهو المحال بأن ما أثبت فى السندين اللذين حررهما من أن القيمة وصلته ثمن بضاعة لا يطابق

الواقع وأن سبب تحريرهما هو معاونة المستفيد فى إيجاد ائتمان له بالحصول على قيمتهما من أحد المصارف طالما أن المستأنف لم يدلل على سوء نية المستأنف عليه بأكثر مما ذكره من قيام علاقة مصاهرة بينه وبين المستفيد وهو وجه لا يوصل بذاته إلى إثبات سوء نيته .

– وهذا الذى قرره الحكم وأقام عليه قضاءه صحيح فى القانون ، ذلك أنه ليس للمدين فى حوالة مدنية أعلن بها أن يقيم الدليل فى وجه المحال له على صورية السبب الظاهر فى ورقة الدين متى كان المحال له يجهل المعاملة السابقة التى أخفى سببها عليه – ويعتقد بصحة السبب المذكور فى تلك الورقة – لما كان ذلك وكان عبء إثبات علم المحال له بصورية السبب الظاهر فى الورقة يقع على عاتق المدين فإن الحكم المطعون فيه وقد خلص فى حدود سلطته التقديرية وبأسباب سائغة إلى أن الطاعن قد عجز عن إثبات علم المطعون ضده بصورية السبب المذكور فى السندين المطالب بقيمتهما فإنه إذ انتهى إلى عدم قبول الدفع بصورية هذا السبب من الطاعن فى مواجهة المطعون ضده لا يكون مخالفا للقانون (نقض جلسة ٢٢ / ١٩٦٧/١ – السنة ١٨ ص ١٣٢٨) .

١٥ – وحيث أن هذا النعى غير سديد ، ذلك أن الفقرة الثانية من المادة ١٣٧ من القانون المدنى قد نصت على أنه « يعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه » ومفاد هذا النص أنه إذا ذكر فى سند الدين أن قيمته نقدا ، ثم قام الدليل على انتفاء القرض فعلى الدائن أن يقيم الدليل على أن للسند سببا حقيقيا مشروعا ، وإذ كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن الطاعنين قد تمسكا لدى محكمة الموضوع بأن السبب المذكور فى السند لا حقيقة له . واستدلا على ذلك بأنه لا مال لها وبأنها ذكرت فى إجراءات الحجر على المدين ، وهى لاحقة لتاريخ السند بأنه غير مدين لها وبأنها ذكرت أيضا فى مذكرتها المقدمة إلى محكمة الاستئناف بتاريخ ٢ / ١١ / ١٩٦٦ أن المدين حرر ذلك السند تعويضا لها عن الثمن التافه الذى دفعه لها مقابل شرائه منها عمارة ، وكان الحكم المطعون فيه لم

يعرض لهذا الدفاع الذى له أصله وتحجب عن بحثه بما قرره من « أنه لا محل لبحث الصورية التى تصدت لها محكمة أول درجة بدحضها لأن أحدا من المستأنف عليهم لم يثرها كما أنه من غير المتصور قيامها مع الطعن بتزوير التوقيع على السند » وهو قول مخالف للثابت بالأوراق من تمسك الطاعنين بهذا الدفاع ، وغير صحيح فى القانون لأن الطعن بتزوير السند لا يتعارض مع الادعاء بانعدام سببه ، وبذلك يكون الحكم المطعون فيه قد أخطأ فى القانون وشابه القصور .

وحيث أنه لما تقدم يتعين نقض الحكم المطعون فيه (نقض جلسة ٢٤ / ٦ / ١٩٧١ ، السنة ٢٢ ص ٨٢٧) .

١٦ - وحيث أن الحكم المطعون فيه قرر بصدد التدليل على عدم صورية السند المؤرخ ١ / ١١ / ١٩٥٩ ما يأتى » أن المستأنف (الطاعن) تمسك بصورية سند المديونية بمبلغ ٥٠٠٠ جنيه الصادر فى ١ / ١١ / ١٩٥٩ بمقولة أنه حرره لزوجته حال قيام الزوجية بينهما لتأمينها ضد قيامه بفصم هذه العلاقة ، وأنه دين لا مقابل له ولا سبب ، وهذا الدفاع من جانبه فضلا عن أنه يتعارض مع ادعائه التخالص من هذا الدين بموجب المخالصة المدعى بتزويرها فقد ثبت صحته من ثبوت تاريخ السند فى ١١ / ٤ / ١٩٦٠ أى قبل زواجه بالمستأنف عليها (المطعون ضدها) وقد أجمع الشهود الذين اطمأنت إليهمّ المحكمة على أن قيمة السند قد دفعت فعلا للمستأنف قبل زواجه بالمستأنف عليها (المطعون ضدها) الأمر الذى ينفى الصورية ويؤكد صحة السند ومشروعيته » ولما كان يبين من هذا الذى قرره الحكم أن محكمة الاستئناف بعد أن عرضت إلى دفاع الطاعن والموازنة بين أدلة الإثبات وأدلة النفى انتهت فى حدود سلطتها التقديرية إلى إطراح دفاع الطاعن وأخذت بدفاع المطعون ضدها ، ودللت على صحة السند الأول بثبوت تاريخه فى ١١ / ٤ / ١٩٦٠ أى قبل زواج الطاعن بالمطعون ضدها ، كما استندت إلى أقول شهود المطعون ضدها الذين اطمأنت إليهم ، وإلى أن تمسك الطاعن بالصورية يتعارض مع ادعائه بالتخالص ، وكان ما ينعاه الطاعن على الحكم من أخذه بأقوال الشهود رغم وجود ضغائن ومنازعات قضائية بينهم وبين الطاعن مردود أن تقدير

أقوال الشهود مرهون بما يطمئن إليه وجدان قاضى الموضوع ولا سلطان لأحد عليه فى ذلك طالما أنه لا يخرج بتلك الأقوال إلى ما يؤدى إليه ملولها ، وكان غير صحيح ما ينعاه الطاعن على الحكم من أنه خالف الثابت فى الأوراق فيما قرره بشأن أقوال شهود المطعون ضدها ذلك أن هذه الأقوال تتفق مع ما انتهى إليه الخبير الاستشارى « يوسف المرزوقى » - الذى اطمأنت إليه المحكمة - من أن المخالصة مزورة .
لما كان ذلك وكان تقدير أدلة الصورية هو مما يستقل به قاضى الموضوع لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى ، وكانت محكمة الاستئناف قد أقامت قضاءها - وعلى ما سبق القول - على سباب تكفى لحمله وتسوغ النتيجة التى انتهت إليها ، فإن النعى على الحكم بالقصور يكون على غير أساس . كما أن النعى عليه بالفساد فى الاستدلال لإطراح دفاع الطاعن وتصديقه دفاع المطعون ضدها يكون على غير أساس أيضا ، إذ لا تعتبر الموازنة بين الأدلة والأخذ بدليل معين منها دون دليل أخر لم تطمئن إليه المحكمة من قبيل الفساد فى الاستدلال . أما ما ينعاه من أن السند المؤرخ ١ / ١١ / ١٩٥٩ باطل لإنعدام سببه ، فإن هذا النعى مردود بأن مؤدى نص المادتين ١٣٦ و ١٣٧ من القانون المدنى أن المشرع قد وضع بهما قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سببا مشروعا ولو لم يذكر هذا السبب ، فإن ذكر فى العقد فإنه يعتبر السبب الحقيقى الذى قبل المدين أن يلتزم من أجله ، وإن ادعى المدين صورية السبب المذكور فى العقد كان عليه أن يقدم الدليل القانونى على هذه الصورية .
ولما كان الحكم المطعون فيه قد نفى صورية سبب الدين موضوع السند المشار إليه على النحو المتقدم ذكره ، فإن النعى ببطلان هذا السند لانعدام سببه يكون غير سديد . وإذ حصل الحكم المطعون فيه وعلى ما سلف البيان فى الرد على السبب الثالث وفى أسباب سائغة أن الإقرار المؤرخ ٥ / ٧ / ١٩٦٢ إقرار مزور على الطاعنة وحكم برده وبطلانه ورتب على ذلك قضاءه بتأييد أمر الأداء الخاص بالسند المؤرخ ١٨ / ٤ / ١٩٦٠ ، وكان هذا الذى انتهى إليه الحكم يعد نتيجة طبيعية لما قرره من تزوير الإقرار ، فإن النعى على الحكم بالقصور فى التسبيب ومخالفة الثابت فى الأوراق فى هذا الخصوص يكون غير سديد .

وحيث أنه لما تقدم يتعين رفض الطعن .

(نقض جلسة ١٨ / ٤ / ١٩٧٠ السنة ٢١ ص ٧٢٥) .

١٧ - وحيث أن الطعن بنى على سببين حاصلهما الخطأ فى تطبيق القانون وتأويله ، وفى بيان ذلك يقول الطاعن أن الحكم الابتدائى - المؤيد بالحكم المطعون فيه - إستند فى قضائه برفض طلب استرداد الشبكة والهدايا إلى أن أحكام الرجوع فى الهبة تستوجب فى حالة رفض الموهوب له ردها أن يقدم الواهب عذرا يقبله القاضى وهو ما لم يتوفر فى الدعوى كما استند إلى أن الطاعن - وقد فسخ الخطبة من جانبه - لا يحق له استرداد ما قدمه من شبكة وهدايا للمطعون عليها إعمالا للشرط الوارد فى محضر الخطبة فى هذا الخصوص وهذا من الحكم خطأ ذلك أن الباعث الدافع للهبات والهدايا التى يقدمها أحد الخاطبين للآخر هو إتمام الزواج فإذا لم يتم وفسخت الخطبة انعدم السبب وبطلت الهبة وحق للواهب أن يسترد هبته . أما ما جاء فى محضر الخطبة من أنه إذا كان العدول من جانب الخاطب امتنع عليه استرداد ما يكون قد قدمه من مهر وهدايا فلا عبرة به ، فليس هناك ثمة عقد يمكن إلتزام أحكامه فى هذا الخصوص لبطلان محضر الخطبة أو الوعد بالزواج بطلانا أصليا ينعدم معه كل أثر له .

وحيث أن هذا النعى مردود ذلك أن الهدايا التى يقدمها أحد الخاطبين للآخر إبان الخطبة ومنها الشبكة تعتبر - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من قبيل الهبات فيسرى عليها ما يسرى على الهبة من أحكام فى القانون المدنى . ولما كان السبب ركنا من أركان العقد وينظر فى توفره أو عدم توفره إلى وقت انعقاد العقد ، وكان العقد قد انعقد صحيحا بتوفر سببه فإنه لا يمكن القول بعد ذلك بتخلف هذا السبب بعد وجوده ، ومن ثم فإذا كانت الخطبة هى السبب فى هذا النوع من الهبات وذلك باعتبارها الباعث الدافع للتبرع فإن فسخها لا يمكن أن يؤدى إلى انعدام هذا السبب بعد أن تحقق وتظل الهبة صحيحة قائمة رغم العدول عن الزواج . وإذ كان حق الخاطب الواهب فى استرداد تلك الهدايا يخضع لأحكام الرجوع فى الهبة الواردة فى المادة ٥٠٠ وما بعدها من القانون المدنى ، وكانت المادة المذكورة تشترط للرجوع فى الهبة ، فى

حالة عدم قبول الموهوب له ، أن يستند الواهب فى الرجوع إلى عذر يقبله القاضى ، وكانت محكمة الموضوع قد أعملت حكم هذه المادة وانتهت - فى حدود سلطتها التقديرية - إلى عدم أحقيته الطاعن فى استرداد الشبكة والهدايا - فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه . هذا والنعى ببطلان محضر الخطبة غير مقبول ذلك أنه لما كان الثابت أن الطاعن لم يتمسك بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع فإنه لا يصح له إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض (نقض ٢٦ / ٥ / ١٩٧٤ سنة ٢٥ ص ٩٤٨) .

١٨ - وحيث أن هذا النعى بجميع أوجهه مردود ، ذلك أنه لما كان مفاد المادة ١٣٧ / ٢ من القانون المدنى أن ذكر سبب الالتزام فى العقد لا يمنع المدين من إثبات أن هذا السبب غير حقيقى وإن الالتزام فى الواقع معدوم السبب وأن الادعاء بإنعدام السبب لا يجوز للمدين إثباته بغير الكتابة إلا إذا كان الالتزام مدنيا لأنه ادعاء بما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابى ، طالما لم يدع المتعاقد بوقوع احتيال على القانون بقصد مخالفة قاعدة آمرة من قواعد النظام العام وذلك عملا بما تقضى به المادة ٦١ / ١ من قانون الإثبات وتقابلها المادة ٤٠١ / ١ من القانون المدنى الملغاة . ولما كانت المادة ٢٤٤ / ١ من القانون المدنى تنص على أنه « إذا أبرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص ، متى كانوا حسنى النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصورى ، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم مما مفاده أن لدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص أن يثبتوا بكافة الطرق صورية العقد الذى أضر بهم ، أما المتعاقدان فلا يجوز لهما إثبات ما يخالف ما اشتمل عليه العقد المكتوب إلا بالكتابة ، وكان الطعن على عقد البيع بأنه يخفى وصية ولم يدفع فيه أى ثمن هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر ، ومتى كان العقد الظاهر المطعون عليه بهذه الصورية مكتوبا فإنه لا يجوز لأى من عاقديه أن يثبت هذه الصورية إلا بالكتابة وذلك عملا بنص المادة ٦١ / ١ من قانون الإثبات سالفة الذكر ، ولا يصح قياس هذه الحالة على حالة الوارث الذى يجوز له إثبات طعنه على العقد بأنه يخفى وصية بجميع الطرق لأن الوارث

لا يستمد حقه فى الطعن فى هذه الحالة من المورث وإنما من القانون مباشرة على أساس أن التصرف قد صدر إضرارا بحقه فى الإرث فيكون تحايلا على القانون ، وكان يبين من الحكم المطعون فيه أن عقد البيع الذى ركنت إليه المطعون عليها فى إثبات دعواها هو عقد مكتوب ذكر فيه سبب الإلتزام إذ أثبت به أن الطاعن قبض كامل الثمن ، وكانت المطعون عليها قد تمسكت فى دفاعها بعدم جواز إثبات الصورية التى يدعيها الطاعن إلا بالكتابة ، وكان الحكم قد التفت عما ساقه الطاعن من قرائن على الصورية واستلزم الدليل الكتابى لإثبات صورية سبب الإلتزام وصورية العقد ورفض طلبه إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات هذا الدفاع ، وإذ عجز الطاعن عن إثبات ما يدعيه من الصورية واعتبر الحكم العقد المطعون فيه بيعا على مقتضى ظاهر نصوصه التى تعتبر عندئذ حجة على الطاعن ، ولما كان يبين من الاطلاع على الأوراق أن الطاعن دفع أولا أمام محكمة أول درجة بأن البيع الصادر منه إلى المطعون عليها يخفى وصية ، وإذ يحمل هذا الدفع معنى الإقرار بصدوره عن إرداة صحيحة وبصحة العقد كوصية فإنه لا يقبل من الطاعن بعد ذلك الدفع فى مذكرة لاحقة بإبطال العقد بأكمله تأسيسا على أنه أبرم تحت تأثير الاستغلال ممايعيب الإرادة ومن ثم فلا محل لتعييب الحكم إن هو لم يرد على هذا الدفاع ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون قد التزم صحيح القانون ، ويكون النعى عليه بهذه الأسباب فى غير محله .

وحيث أن حاصل النعى بالوجه الثالث من السبب الأول وبالوجه الثانى من السبب الثانى أن الحكم المطعون فيه أخطأ فى تطبيق القانون وشابه فساد فى الاستدلال ، ذلك أنه تمسك أمام محكمة الموضوع بوجود مانع أدبى حال دون حصوله على ورقة ضد المطعون عليها تثبت صورية العقد الصادر منه لأنه كان زوجا للمطعون عليها وقت تحرير العقد ويكبرها سنا ومصابا بأمراض مزمنة ، وقد حررت مسودة العقد بمناسبة عودة الحياة الزوجية بينهما بعد انفصامها على اعتبار أن التصرف وصية بنصف العقار . ولكن شقيق المطعون عليها الذى تسلم مسودة العقد لكتابته حرر عقد بيع . منجز بكامل العقار وجعله يوقع

عليه مستغلا ثقته فيه وفى المطعون عليها وجهله القراءة والكتابة ، غير أن الحكم المطعون فيه رفض هذا الدفاع استنادا إلى أن الزوجية لا تعتبر مانعا أدبيا وساق أسبابا لا تبرر قضاءه فى هذا الخصوص ، وهو ما يعيبه بالخطأ فى تطبيق القانون والفساد فى الاستدلال .

وحيث إن هذا النعى مردود بأنه لما كانت صلة القرابة او المصاهرة مهما كانت درجتها لاتعتبر فى ذاتها مانعا أدبيا يحول دون الحصول على سند كتابى والمرجع فى ذلك إلى ظروف الحال التى تقدرها محكمة الموضوع بغير معقب عليها متى كان هذا التقدير قائما على أسباب سائغة ، وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه اقام قضاءه فى هذا الخصوص على قوله « أنه لما كانت علاقة الزوجية لاتعتبر ذاتها مانعا أدبيا وكانت ظروف الدعوى وملابستها تدل على ان العلاقة بين الطرفين كانت غير مستقرة وان الثقة بينهما كانت منعدمة بدليل سبق تطليق المستأنف - الطاعن - للمستأنف عليها - المطعون عليها - قبل حصول التصرف وتوثيق الزوجية بعد ذلك بعقد جديد ، وأنه متى تقرر هذا يبين ان المانع الأدبى كان منتفيا : وهى تقريرات موضوعية سائغة تؤدى إلى النتيجة التى انتهى اليها الحكم ، وكان لايجدى الطاعن ماأثاره من ان شقيق المطعون عليها جعله يوقع على بيع منجز خلافا لما اتفق عليه من تحرير وصيته ، لأن مفاد ذلك انه يدعى تزوير عقد البيع ، واذ لم يتخذ الطاعن امام محكمة الموضوع الاجراءات التى أوجبها القانون بهذا الخصوص ، فإن النعى على الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون وفساد فى الاستدلال يكون على غير اساس .

وحيث ان مبنى النعى بالوجه الرابع من السبب الأول ان الحكم المطعون فيه أخطأ فى تطبيق القانون ، ذلك انه قضى بصحة ونفاذ العقد الصادر إلى المطعون فيها دون ان يتحقق من ملكية الطاعن للعقار موضوع الدعوى إذ انه اشتراه بعقد عرفى حكم بصحته ونفاذه إلا انه لم يسجل حتى الآن ، مما لايجوز معه الحكم بصحة ونفاذ عقد المطعون عليها .

وحيث إن هذا النعى مردود ، ذلك ان المقصود بدعوى صحة ونفاذ البيع - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - هو تنفيذ التزامات

البائع التى من شأنها نقل الملكية إلى المشترى تنفيذا عينيا والحصول على حكم يقوم تسجيله مقدم تسجيل العقد فى نقل الملكية مما مفاده أن المشترى يجاب إلى طلبه إذا كان انتقال الملكية إليه وتسجيل الحكم الذى يصدر له فى الدعوى ممكنين ، وإذ كان الثابت من الأوراق ان الطاعن كان قد اقام الدعوى رقم ١١٨٩ سنة ١٩٦٤ مدنى كلى ضد البائع له يطلب صحة ونفاذ البيع الصادر إليه وقضى فيها بتاريخ ٦ من يناير سنة ١٩٦٥ بالحاق عقد الصلح المبرم بين الطاعن والبائع له بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه وجعله فى قوة السند التنفيذى ، فإن حسب المطعون عليها ذلك حتى تكون دعواها بصحة عقدها مقبولة لانه إذا ماسجل الحكم الصادر للطاعن انتقلت الملكية إليه ويصبح تسجيل الحكم الصادر لها ممكنا ، وإذ تبنى الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر للمطعون عليها ، فان النعى على الحكم بهذا الوجه يكون فى غير محله .

وحيث إنه لما تقدم يتعين رفض الطعن . (نقض ٢١ / ١٢ / ٧٦ سنة ٢٧ المجلد الثانى ص ١٨٠١) .

١٩ - وحيث ان هذا النعى بجميع أوجهه مردود ، ذلك انه لما كان مفاد المادة ١٣٧ فقرة / ٢ من القانون المدنى ان ذكر سبب الالتزام فى العقد لايمنع المدين من اثبات ان هذا السبب غير حقيقى وان الالتزام فى الواقع معدوم السبب ، وكان الادعاء بانعدام السبب لايجوز للمدين اثباته بغير الكتابة اذا كان الالتزام مدنيا لانه ادعاء بما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابى . طالما لم يدع المتعاقد بوقوع احتيال على القانون بقصد مخالفة قاعدة امرة من قواعد النظام العام وذلك عملا بما تقضى به المادة ٦١ / ١ من قانون الاثبات وتقابلها المادة ، ٤٠١ / ١ من القانون المدنى الملغاة . ولما كانت المادة ٢٤٤ /١ من القانون المدنى تنص على انه « اذا ابرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسنى النية ان يتمسكوا بالعقد الصورى ، كما ان لهم ان يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى اضر بهم مما مفاده ان لدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص ان يثبتوا بكافة الطرق صورية العقد الذى اضر بهم ، اما المتعاقدان

فلا يجوز لهما اثبات مايخالف ماشتمل عليه العقد المكتوب الا بالكتابة ، وكان الطعن على عقد البيع بأنه يستر وصية ولم يدفع فيه أى ثمن هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر ، ومتى كان العقد الظاهر المطعون عليه بهذا الصورية مكتوبا فانه لايجوز لاى من عاقديه ان يثبت هذه الصورية الا بالكتابة وذلك عملا بنص المادة ٦١ / ١ من قانون الاثبات سالفة الذكر ، لايصح قياس هذه الحالة على الوارث الذى يجوز له اثبات طعنه على العقد بانه يخفى وصية بجميع الطرق لان الوارث لايستمد حقه فى الطعن فى هذه الحالة من المورث وانما من القانون مباشرة على اساس ان التصرف قد صدر اضرارا بحقه فى الارث فيكون تحايلا على القانون ، وكان يبين من الحكم المطعون فيه ان عقد البيع الذى ركنت اليه المطعون عليها فى اثبات دعواها هو عقد مكتوب ذكر فيه سبب الالتزام كما اثبت به ان الطاعن قبض كامل الثمن ، وكانت المطعون عليها قد تمسكت فى دفاعها بعدم جواز اثبات الصورية التى يدعيها الطاعن الا بالكتابة ، وكان الحكم قد التفت عما ساقه الطاعن من قرائن على الصورية واستلزم الدليل الكتابى لاثبات صورية سبب الالتزام وصورية العقد ورفض طلبه احالة الدوى إلى التحقيق لاثبات هذا الدفاع ، اذ عجز الطاعن عن اثبات مايدعيه من الصورية واعتبر الحكم العقد المطعون فيه بيعا على مقتضى ظاهر نصوصه التى تعتبر عندئذ حجة على الطاعن ، ولما كان يبين من الاطلاع على الأوراق ان ، الطاعن دفع أولا امام محكمة أول درجة بان البيع الصادر منه إلى المطعون عليها يخفى وصية ، وإذ يحمل هذا الدفع معنى الاقرار بصدوره عن ارادة صحيحة وبصحة العقد كوصية فان لايقبل من الطاعن بعد ذلك الدفع فى مذكرة لاحقة بابطال العقد باكمله تاسيسا على انه ابرم تحت تأثير الاستغلال مما يعيب الارادة ومن ثم فلا محل لتعييب الحكم ان هو لم يرد على هذا الدفاع ، لما كان ذلك فان الحكم المطعون فيه يكون قد التزم صحيح القانون ويكون النعى عليه بهذه الاسباب فى غير محله .

(نقض جلسة ٢١ / ١٢ / ١٩٧٦ - السنة ٢٧ ص ١٨٠٥) .

٢٠ - المستفاد من نص الفقرة الاولى من المادة ١٣٧ من القانون

المدنى – وايدته المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى – انه يفترض فى كل التزام ان له سببا مشروعا ولو لم بذكر هذه السبب فى المحرر المثبت له حتى يقوم الدليل على مايخالف ذلك ويكون عبء اثبات عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته على عاتق المدين الذى يطعن فى المحرر (نقض ٢٩ / ٣ / ١٩٨٤ طعن رقم ١٥٤٤ لسنة ٥٠ ق ونقض ١٤ / ١١ / ١٩٨٢ طعن رقم ٥٠٤ لسنة ٤٦ ق ونقض ٨ / ٦ / ١٩٧٦ سنة ٢٧ ص ١٢٩١) .

٢١ – السبب فى معنى المادة ١٠١ من قانون الاثبات هو الواقعة التى يستمد منها المدعى الحق فى الطلب وهو لايتغير بتغير الادلة الواقعة والحجج القانونية التى يستند اليها الخصوم .

(نقض ١٧ / ٢ / ١٩٨٥ طعن رقم ١٠٤٣ لسنة ٥١ ق) .

الفصل السادس
الحكم بالصورية

المبحث الأول
أثر الحكم الصادر فى دعوى الصورية

يجب التفرقة بين ١ - الحكم بالصورية المطلقة ٢ - والحكم بالصورية النسبية .. فبالنسبة للصورية المطلقة فان اثرها اعتبار التصرف غير موجود وبالتالى فان عقدا لم يبرم بين الطرفين .. وقد اختلف الشراح فى النتائج التى تترتب على ذلك فذهب فريق منهم إلى تطبيق قاعدة نسبية الاحكام ، ومن ثم فيستأثر الدائن الذى رفع دعوى الصورية وحده بفائدتها دون سائر الدائنين ممن لم يدخلوا فى الدعوى معه .

وذهب فريق أخر إلى ان الحكم الذى يصدر فى دعوى الصورية لايسرى على الخصمين وحدهما بل يتعدى اثره إلى الدائنين ورتبوا على ذلك انه اذا صدر حكم بصورية عقد كان الخصم فى الدعوى دائنا لاحد طرفيه استفاد الدائنون الاخرون من هذا الحكم واستطاع كل منهم ان يتمسك به ، دون ان يدخل خصما فى الدعوى ، وكذلك لو كان الخصمان هما طرفا العقد فان الدائنين يستطيعون التمسك بالحكم .

والرأى الثانى هو الذى نايده لانه يتفق وصحيح القانون ، ذلك ان الغرض من دعوى الصورية هو التقرير بان التصرف الصورى غير موجود ، ومن ثم فان مهمة الدائن الذى يرفع دعوى الصورية هو ان يثبت ان مالا لم يخرج من ملكية المدين او ان مبلغا من المال فى عقد ظاهر غير حقيقى ومبالغ فيه . وهذه الواقعة لاتثبت فى حقه فحسب ، بل تثبت كذلك فى حق الكافة لانه اثباتا لواقعة مادية ، وليس اثباتا لواقعة نتيجة غش وتواطؤ موجه اليه . ومن ثم فان المال الذى وقع التصرف الصورى

عليه موجود فى ذمة المدين دائما ، وللدائين جميعا حق الضمان العام عليه ، ولهم ان يستأدوا جميعا حقوقهم من هذا الشيء ولايستأثر الدائن الذى رفع الدعوى به وحده .

أما بالنسبة للصورية النسبية فيقتصر اثر الحكم على الاعتداد بالتصرف الحقيقى من حيث شروط الانعقاد والصحة والنفاذ . فاذا اخفى المتعاقدان عقد الهبة فى صورة عقد بيع لم يكن ذلك سببا لبطلان تعاقدهما وانما ينحصر اثره فى اجراء احكام الهبة على التصرف دون احكام البيع ، فهذا العقد لاينال من العقد الحقيقى المستتر مادام مشروعا ، غير انه اذا كان العقد الظاهر يخفى عقدا مخالفا للقانون كما فى حالة ما اذا اخفى عقد القرض عقدا بدين قمار ، فان هذا العقد يعتبر باطلا ، وهذا البطلان لايرجع إلى تطبيق احكام الصورية وانما يرجع إلى انزال حكم القانون ، ويترتب عليه اثار الصورية المطلقة .

– راجع فيما تقدم الوسيط د . السنهورى بند ٦١٨ ، ٦١٩ وجمال زكى بند ٤١٧ ودكتور سليمان مرقص بند ٦٩٧ ، كمال عبد العزيز ص ٨٨٤) .

والحكم الصادر بصحة البيع الصادر من المورث لاحد ورثته لاحجية له قبل باقى الورثة ويجوز لهم بعد وفاته الطعن عليه بانه يخفى وصية .

احكام النقض :

– اذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى اعتبار عقد الطاعنة صوريا صورية مطلقة فانه يترتب على ذلك الايكون لهذا العقد وجود فى الحقيقة وبالتالى فلم يكن الحكم بحاجة عند ابطال هذا الحكم إلى التعرض للمفاضلة بينه وبين عقد المطعون ضدها الأولى ، لان هذه المفاضلة لاتكون الا بين عقود حقيقية ، ومن ثم فأن خطأ الحكم فيما استطرد فيه تزيدا عند اجراء هذه المفاصلة لايؤثر على سلامة النتيجة التى انتهى اليها (نقض ٢٨ / ٥ / ١٩٦٤ سنة ١٥ الجزء الثانى ص ٧٥٠) .

٢ – اذا كان الحكم المطعون فيه بعد ان خلص إلى صورية العقد المحرر بين الطاعنين عقب على ذلك بان هذا العقد الصورى وقد زال اثره

فان الطريق ينفسح ،سام العقد الصادر للمطعون عليها الأولى والمحكوم بصحة التوقيع عليه للقيام بالاجراءات المؤدية إلى نقل الملكية ، فان هذا الذى قرره الحكم لايشوبه خطأ فى القانون (نقض ٢٥ / ١٢ / ١٩٥٨ السنة التاسعة العدد الثالث ص ٨٠٨) .

٣ - لئن كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان قاعدة ضم حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف لاتسرى إلا إذا أراد المتمسك بها ان يحتج به قبل غير من باع له وغير من تلقى الحق ممن باع له ، بحيث اذا كان السلف مشتركا ، فلا يجوز للحائز المتمسك بالتقادم أن يفيد من حيازة سلفة لاتمام مدة الخمس عشرة سنة اللازمة لاكتساب الملكية بالتقادم قبل من تلقى حقه عن هذا السلف ، الا انه لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان مقتضى القضاء بصورية احد العقدين الصادرين من السلف صورية مطلقة الا يكون ثمة وجود فى الحقيقة الا للعقد الآخر ومن ثم فلا يكون ثمة مايحول قانونا دون ضم مدة حيازة صاحب هذا العقد الى مدة حيازة سلفة (نقض ٢٩ / ١ / ١٩٨٥ طعن رقم ٢٢٩ لسنة ٥١ قضائية ، نقض ١٠ / ٦ / ١٩٨٢ طعن رقم ١١٧٨ لسنة ٤٨ قضائية ، نقض ٢٦ / ٤ / ١٩٧٩ سنة ٣٠ الجزء الثانى ص ٢٠٢) .

٤ - الصورية المطلقة انما تعنى عدم قيام العقد اصلا فى نية عاقدية اما التواطؤ فانه غير مانع من جدية التعاقد ومن قيام الرغبة فى احداث اثاره القانونية . (نقض ١٨ / ٥ / ١٩٨٤ طعن رقم ١٣٠٥ لسنة ٥٠ قضائية، نقض ٤ / ٥ / ١٩٧٧ سنة ٢٨ ص ١١٣٥) .

٥ - اذا كان الحكم المطعون فيه قد أورد بادلة سائغة تؤدى إلى صورية عقد الطاعن صورية مطلقةوانتهى إلى القول بانه لامحل للمفاضلة بين هذا العقد الباطل وبين عقد المطعون عليها اذ لا تتأتى المفاضلة الا بين عقدين صحيحين ، فانه يكون قد رد ضمنا على ماثاره الطاعن بشأن صورية عقد المطعون عليها مطرحا هذا الوجه من دفاعه (نقض ٢٦ / ٦ /١٩٧٣ س ٢٤ عدد ٢ ص ٩٦٧) .

٦ - اذ يبين من الحكم المطعون فيه ان المحكمة انتهت فى حدود سلطتها التقديرية إلى ان عقد مورث الطاعنين صورى صورية مطلقة وان الاطيان التى وضع اليد عليها استنادا إلى هذا العقد لازالت باقية على

ملك المطعون عليها الثانية البائعة صوريا ورتب على ذلك انتفاء نية الملك لدى الطاعنين ومورثهم من قبل ، فانه يكون قد التزم صحيح القانون اذ ان وضع اليد فى هذه الحالة لايعدو ان يكون مظهرا من مظاهر الصورية ولايؤدى إلى كسب الملكية مهما طالت مدته (نقض ٢٣ / ٣ / ١٩٧٦ س ٢٧ ص ٧٢٨) .

٧ - للمشترى الذى لم يسجل عقده ان يتمسك بصورية عقد المشترى الاخر صورية مطلقة ، حتى ولو كان هذا الآخر قد سجل عقده ، ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد من الوجود وهو مايحول دون الحكم بصحته ونفاذه ، اذ انه بصفته دائنا للبائع فى الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر اليه يكون له التمسك بتلك الصورية (نقض ١٧ / ١ / ١٩٨٥ - طعن رقم ٩٠٧ لسنة ٥١ ق) و (نقض ٨ / ٦ / ١٩٨٤ - طعن رقم ١٤٤٧ لسنة ٥٠ ق) و (نقض ١٨ / ٤ / ١٩٨٥ - طعن رقم ٢١٢ لسنة ٥٢ ق) .

٨ - اذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بصورية التفاسخ - عن عقد البيع الاول - الذى تضمنه عقد الصلح المبرم بين طرف هذا العقد ، بعد ان بحث اركان عقد البيع المذكور وشروطه وتحققه من صحته وتوافر اركانه ونفاذه بين عاقديه ، فانه يكون بذلك قد قضى ضمنا بصحة ذلك العقد الذى رتب عليه القضاء بصحة عقد البيع الثانى الصّادر من المشتريه الأولى إلى المشترى الاخير (نقض ١٨ / ٣ / ١٩٧١ س ٢٢ ص ٣٤٧) .

٩ - لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة انه متى كان العقد صوريا فإنه يعد غير موجود قانونا ، وانه وان كان بناء على نص المادة ٩٣٨ من القانون المدنى اذا صدر من مشترى العقار المشفوع فيه بيع لمشتر ثان قبل ان تعلن أى رغبة فى الاخذ بالشفعة أوُ قبل ان يتم تسجيل هذه الرغبة فانه يسرى فى حق الشفيع ، ولايجوز الاخذ بالشفعة الا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها ، الا ان ذلك مشروط بالا يكون البيع الثانى صوريا ، فاذا ادعى الشفيع وافلح فى اثبات ذلك اعتبر البيع الصادر من المالك للمشترى الأول قائما وهو الذى يعتد به فى الشفعة دون البيع الثانى الذى لاوجود له بما يغنى الشفيع عن توجيه

طلب الشفعة إلى المشترى الثانى على انه ، يجب ان يتم اثبات الصورية فى مواجهة المشترى الثانى لانه هو صاحب الشأن الاول فى نفى الصورية وإثبات جدية عقده ليكون الحكم الذى يصدر بشأن عقده حجة له أو عليه ويتحقق ذلك باختصامه ابتداء فى دعوى الشفعة مع تمسك الشفيع بالبيع الأول ودفعة بصورية البيع الثانى صورية مطلقة أو بادخاله أو تدخله خصما فى الدعوى قبل الفصل فيها دون اعتداد بان يتم هذا الادخال أو التدخل فى المواعيد المحددة لطلب الشفعة ، وحينئذ يتعين على المحكمة ان تفصل فى الادعاء بالصورية اذ يتوقف مصير دعوى الشفعة على ثبوت الصورية ام لا ، وبصدور حكم لصالح الشفيع بصورية عقد المشترى الثانى تصح اجراءات طلب الشفعة فى البيع . ومتى كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد اقام قضاءه على ان عدم توجيه اجراءات طلب الشفعة فى الميعاد إلى المشترى الثانى يترتب عليه عدم قبول الدعوى ولو كان البيع الصادر اليه صوريا وحجب الحكم بذلك نفسه عن الفصل فى صورية العقد الصادر الى المطعون عليه الثانى والتى لو ثبتت لما كان ثمة مايدعو الشفيعة (الطاعنة) إلى توجيه طلب الشفعة اليه فان الحكم المطعون فيه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون (نقض ١٠ / ٣ / ١٩٨٣ - الطعن ١٦٥١ لسنة ٤٩ ق) .

١٠ - وحيث ان هذا النعى غير سديد ، ذلك انه لما كان يبين مما أورده الحكم المطعون فيه وعلى ماسلف بيانه فى الرد على السببين الأول والثالث أنه استند فى قضائه إلى الاقرار الصادر من المرحوم .... ببنوة الصغير .... بمجلس القضاء فى الدعوى رقم ١٨ لسنة ١٩٦٢ المنصورة الابتدائية للأحوال الشخصية والتى قضى فيها بثبوت نسب هذا الصغير إلى والده ، وكان من المقرر شرعا ان من أقر لمجهول النسب انه ولده فهو معترف ببنوة هذا الولد بنوة حقيقة وانه خلق من مائه سواء اكان صادقا فى الواقع ام كاذبا ، فيثبت لهذا الولد شرعا جميع احكام البنوة ، غير انه اذا كان كاذبا فى الواقع كان عليه اثم ذلك الادعاء ، وهو ماأوضحه الحكم الابتدائى الذى أيده الحكم المطعون فيه واحال اليه فى أسبابه بقوله « ولايغير ذلك ماقرره المدعى - الطاعن - من أن الدعوى رقم ١٨ سنة ١٩٦٢ كلى المنصورة « للأحوال الشخصية » هى دعوى

صورية لانه ليس هناك محل للدفع بالصورية فى هذا المجال ذلك ان الاحكام الشرعية فى خصوص الاقراربالنسب انما قررت شرعا لصالح مجهول النسب أو اللقيط ومصلحة أى منهما محققة فى ثبوت نسبة فيقبل الاقرار به بغير حاجة إلى بينه عليه.ولا يقبل نفيه أو الاعتراض عليه الا ان يكون المقر له ثابت النسب من قبل غير المقر لما سبق من أن النسب إذا أثبت لايقبل الابطال أو التغيير وهو مالم يدعه المدعى فى دعواه » لما كان ذلك فلا محل للتحدى بصورية حكم النسب ، ويكون النعى على الحكم المطعون فيه بهذا السبب على غير اساس .

وحيث انه لما تقدم يتعين رفض الطعن .

(نقض جلسة ١٩٧٣/١٢/٥ - السنة ٢٤ ص ١٢٣٨)

تسجيل العقد أو اثبات تاريخه لايمنع من الطعن عليه بالصورية :

من المقرر ان تسجيل العقد لايسلب من اكتسب من البائع حقا على المبيع كالمشترى الثانى ان يطعن بالصورية المطلقة على عقد البيع الصادر للمشترى الأول ومن نفس البائع أو من خلفه رغم تسجيله ، ذلك ان التسجيل لايصحح عقدا باطلا وليس من شأنه ان يجعل العقد الصورى عقدا حقيقيا ، فضلا عن ان التسجيل وحده ليس من شأنه ان ينقل الملكية بل يشترط ان يكون قد ورد على عقد جدى .

أحكام النقض :

١ - متى كان العقد صوريا فانه لايكون له وجود قانونا فتسجيله وعدمه سيان ولكل دائن ان يتجاهله رغم تسجيله ولو كان دينه لاحقا له (نقض ١٩٤٦/٤/٢٠ طعن رقم ٥٧ سنة ١٥ ق منشور بمجموعة النقض فى ٢٥ سنة الجزء الثانى ص ٧٥٩) .

٢ - العقد الصورى يعتبر غير موجود قانونا ولو سجل ، فاذا طلب مشتر بعقد غير مسجل الحكم على البائع بصحة التعاقد وابطال البيع الآخر الذى سجل عقده واعتباره كان لم يكن لصوريته المطلقة فقضت له المحكمة بذلك بناء على ماثبت لها من صورية العقد المسجل فانها لا تكون قد اخطأت ولو كان العقد العرفى غير ثابت التاريخ وكان تاريخه الحقيقى

لاحقا على تاريخ العقد المسجل (نقض ٢٥ / ١١ / ١٩٤٣ طعن رقم ٣٨ سنة ١٣ ق منشور بالمرجع السابق ص ٧٥٩) .

٣ - ان الملكية لاتنتقل بالتسجيل وحده ، وانما هى تنتقل بامرين : احدهما اصلى واساسى وهو العقد الصحيح الناقل للملكية ، وثانيهما تبعى ومكمل ، وهو التسجيل . فاذا انعدم الاصل فلا يغنى عنه المكمل . واذن فالعقود الصورية المبنية على الغش والتدليس لايصححها التسجيل . (نقض جلسة ٣ / ٦ / ١٩٤٣ طعن رقم ٧٩ لسنة ١٢ق - منشور بالمرجع السابق ص ٧٥٩) .

٤ - من المقرر انه اذا تنازع مشترى العقار الذى لم يسجل عقده مع مشتر ثان سجل عقده ، وطعن المشترى الاول بصورية العقد الثانى ، وقضت المحكمة بصوريته بانية حكمها على وضع يد المشترى الأول على العين المبيعة ، وعلى تأشير المساحة على عقد المشترى الثانى بأنه قد رفعت عن هذه العين دعوى صحة تعاقد من المشترى الأول ، وعلى علاقة المصاهرة بين البائع والمشترى الثانى ، وعلى انه ليس من المعقول ان يجازف هذا المشترى بدفع قيمة الثمن كله - كما ورد فى عقده - فى حين انه لايجهل ان على الارض دينا ممتازا - وعلى ماقرره الشهود فى التحقيق من انهم يعلمون ان عقد المشترى الثانى صورى وانه فقير لاملك له ، وماقرره شهود المشترى الثانى من انهم - على خلاف ما ادعى - لم يحضروا مجلس العقد ولم يشاهدوا دفعة الثمن إلى البائع ، فهذه الاسباب من شأنها ان تؤدى إلى الصورية التى قالت بها المحكمة ، ولايكون ثمة مجال للطعن على الحكم من هذه الناحية . (نقض ٦ / ٦ / ١٩٤٦ طعن رقم ٩٥ لسنة ١٥ ق مجموعة القواعد القانونية فى ٢٥ سنة الجزء الثانى ص ٧٦٤) .

٥ - ومن حيث ان السبب الثالث يتحصل فى أن الحكم المطعون فيه اخطأ فى تطبيق قانون التسجيل اذ قضى بعدم جواز الطعن بالصورية فى عقد بيع مسجل لمن كان بيده ورقة عرفية غير مسجلة مع ان العقد الصورى يعتبر معدوما والتسجيل لايكسب المعدوم وجودا .

ومن حيث ان هذا السبب مردود بأنه غير منتج كذلك - لان الحكم بعد ان قرر ان عبد الحميد استساغ لنفسه اعتمادا على ورقة الاقرار

الغير مسجلة الطعن بصورية عقد البيع ، المسجل من نظيره للبطران فى حين ان الورقة المذكورة عقد ملزم لطرفيها وهما عبد الحميد ونظيرة ومعدومة الاثر بالنسبة للبطران لعدم تسجيلها فيما يختص بالحقوق العينية وعلى رأسها الملكية - ولان البطران بصفته مشتريا من نظيرة يعتبر من الغير - فلا تسرى عليه ورقة الضد الصادرة منها لعبد الحميد ولو كانت ثابتة التاريخ قبل عقده مادام ان البطران سجل عقده قبل تسجيلها » - بعد ان قرر الحكم ذلك تصدى للصورية كما تقدم القول . وقرر بانتفائها موضوعا وبذلك استقام ما اثبته الحكم من ان البطران وقد اشترى بعقد جدى وسجل عقده من المطعون عليها الثانية وهى مالكة بموجب عقد مسجل يعتبر من الغير فلا تسرى عليه ورقة الضد . (نقض ٥ / ٤ / ١٩٥٧ - السنة ٢ ص ٧٤٠) .

٦ - ومن حيث إنه جاء بالحكم الابتدائى المؤيد لاسبابه بالحكم المطعون فيه فى هذا الخصوص مايأتى : « وحيث إنه مما يقطع بأن العقد الصادر للخصم الثالث الطاعن هو عقد صورى انه كان مستأجرا للدور الأول من المنزل موضوع الدعوى وقد حصل بينه وبين المدعية (المطعون عليها الأولى) نزاع على إخلاء السكن وقد أقر بخطابه المرسل للمدعية المؤرخ ١٠ / ١١ / ١٩٤٦ ردا على خطابها بطلب إخلائه من السكن بعلمه بالنزاع الحاصل حول العقد الصادر للمدعية من مورثها » وجاء بالحكم المطعون فيه فى هذا الخصوص مايأتى : « حيث إن الثابت ان المستأنف عليها الأولى طعنت امام محكمة أول درجة بصورية العقد الصادر من المستأنف عليه الخامس إلى المستأنف وحققت تلك المحكمة ذلك فبان لها ان عقد المستأنف صورى ، وحيث انه تفريعا على ماتقدم يكون لامحل للمفاضلة بين عقد المستأنف وعقد المستأنف عليها ، لأن ثبوت صورية العقد يمحو أثر الاسبقية فى التسجيل » وهذا الذى استند إليه الحكمان فى القضاء بصورية عقد الطاعن لايؤدى إلى ثبوت هذه الصورية ، ذلك انه وفقا لنص المادة التاسعة من القانون رقم ١١٤ سنة ١٩٤٦ لاتنتقل الملكية من البائع إلى المشترى إلا بتسجيل عقد شرائه ولايحول دون نقل الملكية على ماجرى به قضاء هذه المحكمة ان يكون المشترى عالما بأن البائع له أو مورثه سبق ان تصرف فى البيع ذاته لمشتر

آخر لم يسجل عقده ، ومن ثم فلم يكن يحول دون ان تنتقل إلى الطاعن ملكية الستة القراريط التى اشتراها من أحد الورثة ، وهى مقدار حصته فى المنزل ، ان يكون عالما وقت شرائه بسبق بيع المورث هذا المنزل بعقد لم يسجل مالم يثبت ان عقد الطاعن هو عقد صورى ولاينتج فى إثبات هذه الصورية مجرد علم الطاعن وقت شرائه بالتصرف السابق غير المسجل الوارد على نفس البيع . ولهذا يكون الحكم المطعون فيه اذ أقام قضاءه للمطعون عليها الأولى بصحة العقد الصادر اليها من المورث والمؤرخ فى أول مايو سنة ١٩٣٦ عن جميع أرض المنزل وبنائه وببطلان عقد الطاعن لصوريته تأسيسا على انه كان يعلم بالعقد السابق صدوره للمطعون عليها الأولى من مورثها وبالنزاع القائم بشأنه بينها وبين المطعون عليه الاخير ، اذ أقام قضاءه بالصورية على هذا الاساس فإنه يكون معيبا بالقصور مما يستوجب نقضه فى هذا الخصوص اما باقى اسباب الطعن المؤسسة على قصور الحكم فى الرد على ادعاء الطاعن صورية عقد المطعون عليها الأولى فالنعى فيها على الحكم غير منتج لانعدام مصلحة الطاعن فيه إذ انه سواء اعتبر هذا العقد صحيحا ام اعتبر صوريا فانه يكون للطاعن فى كلتا الحالتين افضليته بأسبقية تسجيل عقده مالم تثبت صوريته . (نقض جلسة ٣١ / ٥ / ١٩٥٣ السنة ٤ - ص ٣٥٢) .

٧ - وحيث ان هذا السبب مردود بما أورده الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه من أن « المدعية ركنت فى اثبات دعواها إلى مستنداتها المقدمة بالحافظة رقم ٨ دوسيه وقد بان من الاطلاع عليها ان المدعية اشترت هذا القدر من المدعى عليه الأخير بعقد بيع عرفى مؤرخ ١٢ / ٤ / ١٩٤١ وقد رفعت عنه دعوى صحة توقيع رقم ٣٢٦٨ سنة ١٩٤٢ مدنى ميت غمر وحكم لها بطلباتها وسجل الحكم فى ٢٣ / ١ / ١٩٤٥ كما سجلت عريضة الدعوى فى ٦ / ٢ / ١٩٤٤ وحيث انه عن الدفع ببطلان عقد البيع الصادر للمدعية فانه غير سديد إذ تبين من الاطلاع عليه ان القدر المبيع محدد بحدود أربعة كما سبق تحديده بعريضه صحة التوقيع . وقد صدر الحكم على هذا الاساس وروجع بالمساحة وسجل مما يدل على دقة التحديد ويتعين لذلك اطراح هذا

الدفع » وبما أورده بعد ذلك من أنه وإن كان تسجيل حكم صحة التوقيع على عقد شراء المطعون عليها متأخرا عن تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد الصادر للطاعنتين الثانية والثالثة إلا ان عقدهما قد ثبتت صوريته صورية مطلقة فلا يكون له وجود . وهذا الذى قرره الحكم واضح الدلالة على ان المحكمة أسست قضاءها للمطعون عليها بالملكية على عقد شرائها وعلى تسجيل الحكم الصادر بصحة التوقيع على هذا العقد إلى جانب صورية عقد شراء الطاعنتين الثانية والثالثة وماترتب على هذه الصورية من انعدام أثر تسجيل عقدهما وهو تسبيب يكفى لقيام الحكم المطعون فيه . (نقض جلسة ١٩٥٦/٦/٧ السنة ٧ ص ٧٠١) .

٨ - وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك انه يبين من الأوراق ان الطاعن تمسك فى مذكرته المقدمة إلى محكمة الاستئناف لجلسة ٥ نوفمبر سنة ١٩٦٠ والمقدمة صورتها الرسمية بملف الطعن بما جاء بمذكرته المقدمة لمحكمة الدرجة الأولى التى طعن فيها بالصورية المطلقة على العقد المسجل فى ١٦ من يونيه سنة ١٩٥٦ والصادر من بعض ورثة ميخائيل برسوم إلى المطعون ضده الثانى متضمنا بيع هؤلاء الورثة له ٢٢ ط و١٢ س شائعة - والذى استند إليه المطعون ضدهما الأولان فى منازعتهما للطاعن فى دعواه وقد بين الطاعن فى مذكرته هذه الاسانيد التى يعتمد عليها فى طعنه بهذه الصورية - ولما كان الحكم المطعون فيه قد أغفل بحث هذا الدفاع والرد عليه بل ولم يشر اليه فى اسبابه مع انه دفاع جوهرى من شأنه لو صح ان يتغير به وجه الرأى فى الدعوى اذ لو ثبتت صورية ذلك العقد صورية مطلقة حسبما يدعى الطاعن فان هذا العقد يكون باطلا ولا يترتب عليه نقل ملكية القدر الوارد به إلى هذين المطعون ضدهما ولو كان مسجلا إذ ليس من شأن التسجيل ان يصحح عقدا باطلا ومتى اضحى المطعون ضدهما المذكوران غير مالكين لذلك القدر فقد أسند منازعتهما للطاعن فى دعواه ذلك انهما بعد ان تخليا فى استئنافهما عن التمسك بعقد البيع الابتدائى المؤرخ ١٩٥٥/٤/٣ الصادر اليهما من المطعون ضده الثالث لم يبق لهما من سند أو شأن فى منازعة الطاعن فى دعواه سوى ماقالا به من انهما يمتلكان بموجب العقد

المسجل فى ١٦ من يونيه سنة ١٩٥٦ بعض الاطيان التى يشملها عقد الطاعن الذى رفع به دعواه وأن لهما بهذه الصفة ان يدافعا عن ملكهما فاذا تبين ان عقدهما الذى يستندان اليه فى تلك المنازعة لاوجود له قانونا وبالتالى غير مملك لهما كانت هذه المنازعة منهما غير مقبولة كما يصبح ولامحل للمفاضلة التى اجراها الحكم المطعون فيه بين عقد الطاعن وعقد المطعون ضدهما الأولين لأن إعمال هذه المفاضلة لايكون إلا بين عقدين صحيحين . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد عول فى قضائه على عقد ١٦ يونيه سنة ١٩٥٦ الذى طعن فيه الطاعن بالصورية المطلقة فإن إغفال هذا الحكم بحث دفاع الطاعن المتضمن صورية هذا العقد صورية مطلقة يجعله مشوبا بالقصور بما يستوجب نقضه دون حاجة لبحث السبب الثانى من سببى الطعن . (نقض ٢٧ / ٥ / ١٩٦٥ سنة ١٦ ص ٦٥٥) .

٩ - حيث ان الطاعن ينعى فى السبب الثانى عل الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والقصور فى التسبيب ، وفى بيان ذلك يقول ان الحكم الابتدائى اقام قضاءه برفض دعوى المتدخلين على ان تسجيل الطاعن لصحيفة دعواه بصحة التعاقد كان اسبق من تسجيل المتدخلين لصحيفة دعواهم وقد الغى الحكم المطعون فيه الحكم الابتدائى دون ان يرد على اسبابه ، وبذلك اهدر أثر اسبقية تسجيل دعوى صحة التعاقد ومايترب على ذلك من افضلية عقد الطاعن دون ان يذكر اسبابا لذلك وهو منه مخالفة للقانون وقصور فى التسبيب .

وحيث ان هذا النعى غير سديد ، ذلك انه لامجال لاعمال الاسبقية فى تسجيل صحيفتى دعوى صحة التعاقد اذا كان احد العقدين صوريا صورية مطلقة ، واذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه انتهى باسباب سائغة - على ماورد فى الرد على السبب الأول - إلى ان عقد الطاعن صورى صورية مطلقة ، فانه لايكون ثمة محل للمفاضلة بينه وبين عقد الطاعن . واذا كان ذلك فان الحكم لم يكن فى حاجة إلى الرد على اسباب الحكم الابتدائى ويكون النعى على غير اساس (نقض جلسة ٢١ مايو سنة ١٩٧٠ - السنة ٢١ ص ٨٩٠) .

١٠ - وحيث إن هذا النعى غير سديد ذلك ان الحكم الابتدائى الذى أيده الحكم المطعون فيه وأحال إلى اسبابه قد اقام قضاءه برفض دعوى الطاعن على قوله « إن المحكمة تستخلص من جماع من سمعوا من الشهود ان عقد شراء المدعى (الطاعن) من والدته وان كان سابقا فى تسجيله على عقد شراء المدعى عليها (المطعون عليها) وكلاهما من بائعة واحدة وهى والدة المدعى إلا انه صورى صورية مطلقة ، وأنه من المقرر انه إذا ثبت صورية عقد البيع صورية مطلقة فإنه يكون باطلا ولايترتب عليه نقل ملكية القدر المبيع ولو كان مسجلا إذ ليس من شأن التسجيل ان يصحح عقدا باطلا » . وقد اضاف الحكم المطعون فيه إلى ذلك « إن المشترى يعتبر من الغير فى احكام الصورية بالنسبة إلى مشتر آخر من نفس البائع له يزاحمه فى الملكية وان حجية الأحكام مقصورة على اطرافها .. والقول بأن المستأنف عليها (المطعون عليها) تعتبر خلفا للبائعة لها إنما مجاله ان يكون عقد المستأنف (الطاعن) صحيحا .. وان ماينعاه المستأنف فى شأن التعارض بين الادعاء بالتزوير والصورية ، فإن المستأنف ضدها لم تطعن على عقده بالتزوير وإنما طعنها كان قاصرا على الصورية المطلقة » ولما كان هذا الذى قرره الحكم المطعون فيه لامخالفة فيه للقانون ، ذلك انه يجوز لمن كسب من البائع حقا على المبيع - كمشتر ثان - أن يثبت بكافة طرق الاثبات صورية البيع الصادر من سلفة صورية مطلقة ليزيل جميع العوائق القائمة فى سبيل تحقيق اثر عقده ولو كان العقد المطعون فيه مسجلا ، فالتسجيل ليس من شأنه ان يجعل العقد الصورى عقدا جديا كما ان التسجيل لايكفى وحده لنقل الملكية بل لابد ان يرد على عقد جدى ، ويعتبر الخلف الخاص من الغير بالنسبة إلى التصرف الصورى الصادر من البائع له إلى مشتر آخر ، وذلك كله على ماجرى به قضاء هذه المحكمة ، لما كان ذلك فإن البائعة آنفة الذكر لاتمثل المطعون عليها فى الدعوى رقم ٤٣٣ لسنة ١٩٥٦ مدنى كلى الزقازيق التى اقامها الطاعن على البائعة له بصحة عقده ، ومن ثم لايكون للحكم الصادر فى تلك الدعوى حجية بالنسبة إلى المطعون عليها . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه وعلى ماسلف بيانه قد التزم هذا النظر ، فإنه لايكون قد خالف القانون ويكون

النعى عليه بهذا السبب على غير اساس . (نقض ٢٦ / ٦ / ١٩٧٣ سنة ٢٤ ص ٩٦٧) .

١١ - للمشترى الذى لم يسجل عقده ان يتمسك بصورية عقد المشترى الآخر صورية مطلقة ، حتى ولو كان هذا الآخر قد سجل عقده ، ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد من الوجود فانه بصفته دائنا للبائع فى الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر اليه يكون له التمسك بتلك الصورية . (نقض ١٧ / ١ / ١٩٨٥ - طعن رقم ٩٠٧ لسنة ٥١ ق ، نقض ٨ / ٦ / ١٩٨٤ - طعن رقم ١٤٤٧ اسنة ٥٠ ق) .

يجوز اثبات صورية عقد رسمى دون الطعن عليه بالتزوير :

ويشترط لذلك الا يدعى الخصم تزوير العقد ذاته بل يقتصر على الادعاء بأنه عقد غير جدى على النحو الذى سبق ان أوضحناه .

يجوز ان يجتمع فى العقد الصورية والتدليس :

من المقرر انه ليس هناك مايمنع من ان تجتمع الصورية والتدليس فى العقد ، كما إذا اتفق البائع والمشترى على صورية البيع ، غير ان المشترى اذا سلم البائع ورقة ضد بتوقيع مزور يعد تدليسا منه على البائع وفى هذه الحالة يجتمع فى العقد الصورية والتدليس .

احكام النقض

١ - اتفق شخصان لغرض ما على انشاء عقد بيع صورى يبقى تحت يد من صوراه مشتريا مقابل تسليمه زميله ورقة كاشفة عن الصورية ، فغش أولهما الثانى بان سلمه ورقة عليها توقيع باسمه لم يكتبه هو وانما كتبه شخص اخر باتفاقه معه ، وحصل هذا التسليم بعد ان وقع الثانى على عقد البيع امام الموظف الرسمى ، ثم طعن البائع بصورية العقد وبالغش فى ورقة الضد ، فحكمت المحكمة بجواز اثبات الغش بالبينة والقرائن ثم قضت بابطال البيع ، طعن المشترى فى الحكم بان الواقعة التى اعتبرتها المحكمة غشا واعتمدت عليها ، وهى تسليم ورقة الضد ، قد حصلت بعد تمام عقد البيع مما ينفى قولها بان التوقيع

على هذا العقد كان تحت تأثير الغش كما ان المحكمة خالفت القانون إذ اجازت الاثبات بالبينة ضده على اساس ان ورقة الضد تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة مع انها لم تصدر منه . ومحكمة النقض رفضت الطعن لما تبينته من أن ، الامر بالتحقيق لم يؤسس على وجود مبدأ ثبوت بالكتابة ، بل كان لاثبات مايجوز اثباته بالبينة وغيرها وهى وقائع الغش المدعاة ، فلما ثبت لمحكمة الموضوع ان الغش قد وقع فعلا اعتبرت ما وقع من طرفى الخصومة عملية واحدة متصلة وقائعها بعضها ببعض ، وان الغش قد لابسها من مبدئها إلى نهايتها مما لاعبرة معه بالوقت الذى سلمت فيه ورقة الضد . (نقض ١٨ / ١١ / ١٩٣٧ مجموعة عمر الجزء الثانى رقم ٧٣ ص ١٩٩) .

عدم جواز رفع دعوى أصلية ببطلان الحكم لصورية العقد موضوع الدعوى :

استقر الفقه والقضاء على انه لايجوز رفع دعوى اصلية ببطلان الحكم الا اذا تجرد من أركانه الاساسية واذا كان من المقرر ان الطعن بالصورية لايجرد الحكم من أركانه الاساسية ومن ثم لايجوز رفع دعوى ببطلان الحكم للصورية سواء رفعت الدعوى من المدين أو من دائنه العادى الذى لم يكن طرفا فى الخصومة بنفسه وله الحق فى الطعن باعتبار ان المدين ممثل له فى الخصومات التى يكون المدين طرفا فيها فاذا صدر حكم بصحة ونفاذ عقد بيع فلا يجوز للبائع وهو المدين الصادر ضده الحكم رفع دعوى بطلان اصلية للحكم لصورية عقد البيع كذلك لايجوز ذلك لدائنة العادى .

احكام النقض

١ - وحيث ان هذا النعى صحيح . ذلك انه لما كان المدين - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - يعتبر ممثلا لدائنه العادى فى الخصومات التى يكون المدين طرفا فيها فيفيد الدائن من الحكم الصادر فيها لمصلحة مدينة كما يعتبر الحكم على المدين حجة على دائنة فى حدود مايتأثر به حق الضمان العام المقرر للدائن على اموال مدينة ، وللدائن

ولو لم يكن طرفا فى الخصومة بنفسه ان يطعن فى الحكم الصادر فيها بطرق الطعن العادية وغير العادية ، وكان السبيل لبحث اسباب العوار التى قد تلحق بالاحكام هو الطعن عليها بطرق الطعن التى حددها القانون على سبيل الحصر ، فاذا كان الطعن عليها غير جائز أو كان قد استغلق فلا سبيل لاهدارها بدعوى بطلان اصلية لمساس ذلك بحجيتها إلا اذا ، تجردت هذه الاحكام من أركانها الاساسية ، وكان الطعن بالصورية لايجرد الحكم من أركانه الاساسية ، فانه يكون من غير الجائز رفع الدائن لدعوى بطلان الحكم للصورية . لما كان ذلك وكانت الطاعنة قد تمسكت فى دفاعها بحجية الحكم الصادر بصحة العقد ونفاذه قبل المطعون ضدهم السبعة الاول باعتبارهم دائنى المطعون ضده الثامن الصادر ضده هذا الحكم فضلا عن نفاذ هذا العقد فى حقهم بتسجيل صحيفة الدعوى قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية مما يترتب عليه عدم ملكية مدينهم المذكور للعقار المنزوعة ملكيته . فان الحكم المطعون فيه ، اذ قضى بعدم الاعتداد بهذا الحكم لصورية عقد البيع صورية مطلقة دون ان يشير إلى هذا الدفاع الجوهرى ، يكون - فضلا عما شابه من قصور فى التسبيب - قد اخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى اسباب الطعن . (نقض جلسة ٢٤ يناير سنة ١٩٨٠ - السنة ٣١ الجزء الأول - ص ٢٧٦)

هل يجوز تجزئة دعوى الصورية :

من المقرر ان دعوى الصورية وبالتالى العقد الصورى كلاهما لايقبل التجزئة فلا يصح القول ان العقد صورى بالنسبة لبعض الخصوم وغير صورى بالنسبة للبعض الآخر ، وعلى ذلك إذا طعن من بعض الخصوم على العقد بأنه صورى بالنسبة لهم ، فيتعين على المحكمة ان تبحث العقد جميعة ولاتقتصر على نصيب الطاعنين فقط ، اذ ان العقد اما ان يكون صوريا بالنسبة للجميع أو حقيقيا لهم جميعا ، ولايتصور ان يكون صوريا بالنسبة للبعض وحقيقيا بالنسبة للآخرين .

احكام النقض

١ - من حيث ان الصورية فى الدعوى غير قابلة للتجزئة ، فانه يكون لمحكمة الموضوع ان تعول فى قضائها بها على قرائن تتعلق بشخص الطاعنة الثانية ، ولا عليها ان هى اعتمدت على الاوراق المقدمة منها إلى الشهر العقارى او على العلاقة بينها وبين البائع للتدليل على هذه الصورية ، ومتى كان ذلك وكانت محكمة الاستئناف قد استفادت من الأوراق ان انكار الطاعنة لتوقيعها على عقد مورث المطعون عليهم كضامنة متضامنة مع البائع هو انكار غير جدى وكان ذلك مما يدخل فى سلطتها الموضوعية وجعلت من هذا التوقيع قرينة على الصورية فان ما ساقته فى هذا الصدد سائغ ومؤد إلى مانتهت اليه (نقض ٢٦/٢/١٩٧٠ - السنة ٢١ ص ٣٨١) .

٢ - ومن حيث انه لما كان يبين مما تقدم ذكره ان الطاعنين وجهوا دفعهم بصورية عقد البيع الصادر من المطعون عليه السادس إلى المطعون عليهم الخمسة الاولين ومورث المطعون عليها السابعة إلى كلا البائع والمشترين فيه ، وصدر الحكم المطعون فيه مقررا رفض هذا الدفع فى مواجهة هؤلاء الخصوم جميعا ، وكان موضوع الصورية بهذا الوضع الذي انتهت به الدعوى غير قابل للتجزئة إذ لا يتصور أن يكون البيع صوريا بالنسبة إلى احد عاقديه وغير صورى بالنسبة إلى العاقد الآخر وكان مناط النعى على الحكم المطعون فيه على مايبين من تقرير الطعن هو موضوع الصورية الانف ذكره غير القابل للتجزئة ، الامر الذى يوجب لكى يكون الطعن مقبولا فى هذه الحالة ان يختصم فيها كل من البائع والمشترين فى العقد المطعون فيه بالصورية . ولما كان الاختصام فى الطعن بطريق النقض وفقا للمادة ٤٢٩ من قانون المرافعات لايكون الا بتقرير يحصل فى قلم كتاب المحكمة ، وكان لايعفى من هذا الاجراء الجوهرى ماورد فى المادة ٣٨٤ من قانون المرافعات فى الفصل الاول من الباب الثانى عشر الخاص بالاحكام العامة بطرق الطعن فى الاحكام من انه اذا رفع الطعن عن حكم صادر فى موضوع غير قابل للتجزئة على احد المحكوم لهم فى الميعاد وجب اختصام الباقين ولو بعد فواته بالنسبة

اليهم ، وذلك ان هذا النص مقيد فى الطعن بطريق النقض بما تفرضه المادة ٤٢٩ الآنف ذكرها من اشتمال تقرير الطعن على اسماء الخصوم الواجب اختصامهم فيه ومقتضى هذين النصين انه وان كان الطعن بطريق النقض فى موضوع غير قابل للتجزئة يكون مقبولا متى قرر فى ميعاده بالنسبة إلى احد المحكوم لهم ولو كان هذا الميعاد قد فات بالنسبة إلى الباقين إلا انه يجب فى هذه الحالة اختصام هؤلاء الباقين فى ذات التقرير بالطعن واعلانهم به جميعا فى الميعاد المنصوص عليه فى المادة ٤٣١ من قانون المرافعات والا كان الطعن باطلا . لما كان ذلك وكان ينبنى على عدم صحة اعلان تقرير الطعن إلى المطعون عليه السادس بطلان الطعن بالنسبة اليه ، ويكون الطعن تبعا لذلك غير مقبول شكلا بالنسبة إلى المطعون عليهم جميعا . (نقض ١٩٥٢/٢/٧ السنة ٣ ص ٤٤٤ ، نقض ١٩٨٥/٦/٢٧ طعن رقم ١٢٦٤ لسنة ٥٤ قضائية) .

٣ - متى كانت الطاعنات قد اقمن الدعوى بطلب الحكم بصحة ونفاذ العقد الصادر لهن من مورثهن ومورث المطعون ضدهم ، بأن دفع المطعون ضدهم الثلاثة الاولون الدعوى بأن ذلك العقد لايتضمن بيعا منجزا بل ينطوى فى حقيقته على تصرف مضاف الى مابعد الموت وكان النزاع فى هذه الصورة يدور حول المركز القانونى للمطعون ضدهم والمستمد بالنسبة لهم جميعا من طعنهم على التصرف الصادر من مورثهم اضرارا بحقهم فى الارث باعتبارهم من الغير بالنسبة لهذا التصرف واذ يعد المطعون ضدهم جميعا سواء فى هذا المركز ماداموا ، يستمدونه من مصدر واحد هو حقهم فى الميراث ولايحتمل الفصل فى طعنهم على التصرف غير حل واحد وكان لايصح فى هذه الصورة ان يكون التصرف بيعا بالنسبة لبعضهم ويكون فى نفس الوقت وصية بالنسبة للاخرين فيها ، ومرد ذلك هو عدم قابلية موضوع النزاع للتجزئة فان بطلان الطعن بالنسبة للمطعون ضدها الثالثة يستتبع بطلانه بالنسبة للمطعون ضدهم الآخرين ، لأن حق المطعون ضدها الثالثة قد استقر بحكم حائز لقوة الامر المقضى يعلو على الاسل المرتقب للطاعنات فى كسب الطعن . (نقض ١٩٦٨/٤/٣٠ سنة ١٩ ص ٨٨٢) .

رجوع الموصى فى الوصية بالنسبة لبعض الموصى لهم واعمال المحكمة اثر ذلك ليس تجزئة لدعوى الصورية

من المقرر قانونا انه يجوز للموصى الرجوع فى الوصية صراحة أو دلالة لأن الوصية تصرف غير لازم كذلك يجوز له الرجوع فيها بالنسبة لبعض الموصى لهم دون البعض الآخر ، فاذا اعملت المحكمة اثر هذه الرجوع فلا تثريب عليها فى ذلك فاذا تصرف شخص لولديه فى عقار بمقتضى عقد بيع ثم اقام المشتريان دعوى بصحة ونفاذ هذا العقد فدفع الاب بصورية العقد صورية نسبية تأسيسا على انه فى حقيقته عقد وصية ودلل على صحة دفاعه بورقة ضد قدمها واضاف انه رجع فى الوصية بالنسبة لاحد الولدين وقدم طلبا عارضا بالغاء العقد بالنسبة له فقط فاجابته المحكمة لطلبه فان ذلك لايعد اخلالا بقاعدة عدم جواز تجزئة دعوى الصورية لان المحكمة لم تعتبر عقد الوصية صحيحا بالنسبة لاحدهما وباطلا بالنسبة للاخر بل اعتبرت العقد صحيحا بالنسبة للاثنين واعملت الاثر المترتب على رجوع الموصى فى الوصية بالنسبة للابن الذى تم الرجوع فى الوصية قبله .

احكام النقض :

وحيث ان الطاعن ينعى على الحكم المطعون فيه التناقض ذلك انه قضى بالغاء عقد البيع المؤرخ ٣١ / ٣ / ١٩٥٦ بالنسبة للقدر المبيع إلى المطعون عليها الثانية وحدها مع ان المطعون عليهما الاولى تصرفت بالبيع بعقد واحد الى المطعون عليها الثانية والثالثة مما مفاده ان الحكم اعتبر ذات العقد باطلا بالنسبة للمطعون عليها الثانية وصحيحا بالنسبة للمطعون عليها الثالثة مما يعيبه بالتناقض .

وحيث ان هذا النعى غير سديد ، ذلك انه لما كانت المطعون عليها الأولى قد اقامت دعواها بالغاءا العقد المؤرخ ١ / ٣ / ١٩٥٦ الصادر منها إلى ابنتيها المطعون عليهما الثانية والثالثة ببيع ٣ افدنة و ١٠ قراريط لانه فى حقيقته وصية طبقا لورقة الضد المؤرخة ١٥ / ٥ / ١٩٥٦ وانها رجعت فى وصيتها بالنسبة للمطعون عليها الثانية وكان يجوز

للموصى الرجوع فى وصيته بالنسبة لبعض الموصى لهم دون البعض الآخر ، واذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى الغاء العقد المذكور بالنسبة للمطعون عليها الثانية دون المطعون عليها الثالثة فانه لايكون معيبا بالتناقض (نقض ٣١ / ١ / ١٩٧٧ سنة ٢٨ العدد الأولى - ٣٣٦) .

قضاء المحكمة بصورية العقد صورية نسبية يترتب عليه اعمال اثر الصورية فى الجزء المقضى بصوريته فقط

إذا رفعت دعوى بصحة ونفاذ عقد وطعن عليه بالصورية بالنسبية بالنسبة لتاريخ العقد أو شخص البائع أو المشترى أو محل العقد أو السبب ، وانتهت المحكمة إلى ثبوت الصورية فى البيان المطعون عليه ، فانها تعمل هذا الاثر بالنسبة لهذا الجزء الذى قضت بصوريته دون أن يمتد ذلك إلى باقى بيانات العقد الصحيحة .

غير انه قد يترتب على ثبوت صورية بيان فى العقد ان يصير العقد كله باطلا كما لو طعن على عقد البيع بان سببه ليس البيع ولكنه رهن فيترتب على ثبوت ذلك ان يصبح العقد باطلا بطلانا مطلقا ولايصح لاباعتباره بيعا ولا رهنا .

وكما اذا طعن على عقد القرض بان سببه ليس القرض ولكن رغبة من المؤجرالمقرض فى الحصول على المبلغ المبين فى العقد على سبيل خلو الرجل لتأجير شقة . فقد اثبت فى العقد ان سببه هو القرض على خلاف الحقيقة حتى لايقع المؤجر تحت طائلة القانون ، فانه يترتب على ذلك اعتبار العقد جميعه باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته قاعدة امرة متعلقة بالنظام العام .

وقد يترتب على صورية بيان معين فى العقد ان يتغير التكييف القانونى للعقد كما اذ طعن الوارث بعد وفاة مورثه على عقد البيع الصادر من مورثه لانه لم يكن منجزا لحيازة المورث العين المبيعة وانتفاعه بها حتى وفاته يترتب على ثبوت صورية البيان الخاص بعقد البيع ان يتغير التكييف القانونى للعقد ليصبح عقد وصية لايسرى الا فى حدود ثلث التركة الا اذا اجازه الورثة بالنسبة لما زاد عن الثلث .

يجوز للخصم المحكوم بصورية عقده ان يطعن فى الحكم ولو لم يكن قد وجهت اليه طلبات فى الدعوى :

من المقرر انه اذا ادخل خصم فى الدعوى دون ان توجه اليه طلبات أو طلب الحكم فى مواجهته وصدر الحكم دون ان يلزمه بشىء فانه فى هذه الحالة لايعتبر خصما حقيقيا فى الدعوى وبالتالى لايجوز له الطعن على الحكم غير ان الامر يختلف اذا طعن على عقد هذا الخصم بالصورية وقضت المحكمة بصوريته سواء اكان ذلك فى منطوق الحكم او فى اسبابه المرتبطة بالمنطوق اذ يكون الحكم فى هذه الحالة قد أضر به – رغم انه لم توجه اليه طلبات فى الدعوى – وبالتالى تتوافر مصلحته فى الطعن عليه اذ يعتبر خصما حقيقيا يجوز له الطعن عليه بالاستئناف أو النقض .

احكام النقض

وحيث ان النعى سديد ، ذلك ان القضاء القطعى – وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة ـ هو الذى يضع حدا للنزاع فى جملته أو فى جزء منه ، أو فى مسألة متفرعة عنه بفصل حاسم ، سواء ورد ذلك فى منطوق الحكم أو فى اسبابه طالما كانت هذه الاسباب هى جوهر القضاء ولبه ولايستقيم الحكم بغيرها ، وتعتبر بهذه المثابة مكملة للمنطوق ، وإذا اضر هذا القضاء بأحد الخصوم بان يكون من شأنه انشاء التزامات جديدة فى حقه ، أو ابقى على التزامات يريد التحلل منها أو حرمه من حق يدعيه ، فان المصلحة تتوافر للمحكوم عليه فى الطعن على الحكم عملا بالمادة ٢١١ من قانون المرافعات بشرط ان يكون طرفا فى الخصومة التى صدر فيها الحكم سواء كان إصليا ام متدخلا او مدخلا فى الخصومة ، ولايغير من ذلك ان يكون المحكوم عليه قد اختصم فى الدعوى للحكم فى مواجهته بطلبات المدعى ، أو لم توجه له ثمة طلبات طالما قد نازع المدعى فى طلباته ، أو نازعه المدعى فى حق من حقوقه فيعتبر حينئذ من الخصوم الحقيقيين فى الدعوى ، والمناط فى اعتباره كذلك هو بحقيقة الواقع . لما كان ذلك وكان الثابت من منطوق الحكم الابتدائى انه قضى بطرد الطاعن

الأول ... من محل النزاع ، وتمكين المطعون ضده الثالث منه الا ان اسباب هذا الحكم تضمنت قضاءا قطعيا بصورية عقد الايجار المؤرخ ١ / ١٢ / ١٩٧٥ الصادر من الطاعنة الثانية لزوجها الطاعن الأول ، وانها لم تتسلم المحل باعتبارها مشترية ، ولم تكن لها وللطاعن الاول اية حيازة عليه ، ومن ثم فان هذا القضاء يكون قد اضر بالطاعنة الثانية ، وتتوافر لها المصلحة - وهى محكوم عليها - فى الطعن على هذا الحكم بالاستئناف ، ولايغير من ذلك ان المدعية لم توجه اليها اية طلبات فى صحيفة ادخالها ، اذ العبرة بحقية الواقع فى اعتبارها من الخصوم الحقيقيين فى الدعوى ، واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بعدم جواز الاستئناف من الطاعنة الثانية لانها خصم غير حقيقى فى النزاع ولم توجه لها أية طلبات ، فإنه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه ، ولما كان ذلك ، وكان وصف المحرر انه صحيح أو صورى من المسائل التى لاتقبل التجزئة ، وكان المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان نقض الحكم فى موضوع غير قابل للتجزئة يوجب نقضه بالنسبة لباقى الخصوم فى الدعوى خاصة اذا إرتبط المركز القانونى لكل منهم بالامر ، ويترتب على نقض الحكم الغاء جميع الاحكام المؤسسة له بقوة القانون عملا بالمادة ٢٧١ من قانون المرافعات ، لما كان ذلك فانه يتعين نقض الحكم بصورية عقد الايجار المؤرخ ١ / ١٢ / ١٩٧٥ لصالح الطاعن الأول وكذلك الحكم المطعون فيه المؤسس على هذا القضاء ، والذى قضى بطرد الطاعن الأول من محل النزاع ، وتمكين المطعون ضده الثالث منها دون حاجة لبحث باقى اسباب الطعن على ان يكون مع النقض الاحالة (نقض ٢٧ / ٦ / ١٩٨٥ طعن رقم ١٢٦٤ سنة ٥٤ ق)

تصديق المحكمة على الصلح الذى قدم اليها فى نزاع على عقد لايمنع من الطعن على العقد بعد ذلك بالصورية :

اذا قدم عقد صلح فى دعوى بشأن نزاع معين وصدقت عليه المحكمة فان ذلك لايمنع من الطعن على العقد - الذى ثار بشأنه النزاع وقدم عنه عقد الصلح - بالصورية فاذا اقيمت دعوى بصحة ونفاذ عقد بيع

واتفق طرفا العقد على انهاء الدعوى صلحا وقدما عقدا بذلك صدقت عليه المحكمة أو أقرا بالصلح بمحضر الجلسة وقضت المحكمة باثبات ما اتفقوا عليه بمحضر الجلسة فان ذلك لايمنع احد طرفى العقد من الطعن بعد ذلك على عقد البيع الذى حرر بشأنه عقد الصلح لان تصديق المحكمة على الصلح لايعد قضاء له حجية الشىء المحكوم فيه ويجوز الطعن عليه بالصورية المطلقة أو النسبية ويبدى الطعن اما برفع دعوى اصلية واما بالدفع بصوريته فى أى دعوى يقدم فيها استنادا اليه .

احكام النقض

لما كان القاضى وهو يصدق على الصلح – وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة – لايكون قائما بوظيفة الفصل فى خصومة لان مهمته انما تكون مقصورة على اثبات ماحصل امامه من اتفاق ومن ثم فان هذا الاتفاق لايعدو ان يكون عقدا ليس له حجية الشىء المحكوم فيه وان كان يعطى شكل الاحكام عند اثباته ، لما كان ذلك فانه لاتثريب على الحكم المطعون فيه ان هو قضى بالغاء عقد البيع المؤرخ ١ / ٣ / ١٩٥٦ الذى حرر بشأنه عقد صلح صدقت عليه المحكمة لما تبين من ان هذا البيع هو حقيقته وصية رجعت فيها الموصية – المطعون عليها الأولى – بالنسبة للقدر الذى أوصت به للمطعون عليها الثانية وكان الحكم قد استخلص وعلى ماسلف ذكره سوء نية الطاعن وعلمه بورقة الضد فان النعى عليه بهذا السبب يكون فى غير محله (نقض ٣١ / ١ / ١٩٧٧ سنة ٢٨ الجزء الأول ص ٣٢٨) .

يمتنع على المحكمة اذا قضت بصورية العقد صورية مطلقة ان تفاضل بينه وبين عقد آخر :

اذا قدم عقد فى دعوى وطعن عليه بالصورية المطلقة فاعتبرته المحكمة كذلك فانه لايجوز لها ان تجرى المفاضلة بينه وبين غيره من العقود ، فاذا رفعت دعوى بصحة ونفاذ عقد بيع وتدخل فيها شخص آخر طلب رفضها على اساس صورية هذا العقد صورية مطلقة وابدى طلبا عارضا بصحة ونفاذ عقده هو الذى اشترى به نفس العقار من مشتر آخر

وانتهت المحكمة إلى ان عقد بيع المدعى صورى صورية مطلقة ، فلا يجوز لها بعد ذلك ان تفاضل بينه وبين عقد المتدخل بشأن تحديد المالك الحقيقى للعقار من البائعين ، لان قضاءها بصورية العقد الأول صورية مطلقة يتضمن حتما وبطريق اللزوم انه غير موجوده ، ولا أثر له وبالتالى فانها تقضى بصحة ونفاذ العقد الثانى مادام لم يوجه اليه طعن ينال من صحته اما اذا فاضلت المحكمة بين العقد المقتضى بصوريته وعقد آخر فان الحال لايخلو من احد فرضين :

الأول : ان تكون قد رتبت على هذه المفاضلة وضعا قانونيا معينا وفى هذه الحالة يكون حكمها مبنيا على فساد فى الاستدلال ويجوز الطعن عليه بالنقض .. كما اذا انتهت فى المثال السابق الى ان البائع بالعقد الصورى هو المالك الحقيقى للعقار ، وان البائع للمتدخل ليس مالكا ، وقضت بعد ذلك بصحة ونفاذ العقد الصورى فهذا الحكم مشوب بالتناقض والفساد فى الاستدلال .

الثانى : ان تكون هذه المفاضلة قد أوردتها فى مدونات حكمها ودون ان ترتب عليها اثرا كما اذا قامت بالمفاضلة بين العقد الصورى وعقد المتدخل واوردت فى اسباب حكمها ان البائع للمتدخل هو مالك العقار وان البائع للمدعى - وهو المشترى بالعقد الصورى - ليس مالكا وقضت بصحة ونفاذ عقد المتدخل ، فان هذه المفاضلة تعتبر تزيدا مادام انها لم تؤثر فى الحكم ولايجوز الطعن عليه بالنقض لهذا السبب .

عدم اختصاص القضاء المستعجل بالحكم بصورية العقود لا يمنعه من بحث الصورية للحكم فى الاجراء الوقتى :

من المقرر ان القضاء المستعجل لايختص بالحكم بصحة العقود ، ولا ببطلانها ولابتفسيرها ولابالمفاضلة بينها ، وبالتالى لايختص بالحكم بصوريتها غير انه اذا طلب منه اتخاذ اجراء وقتى يختص به استنادا إلى صورية عقد معين فانه فى هذه الحالة يبحث العقد لاليقضى بصحته أو بصوريته وانما ليستعين فى بحثه على الحكم فى الاجراء الوقتى المعروض عليه فاذا رفعت اليه دعوى حراسة قضائية اقامها مشترى العقار ضد البائع له وزوجته على سند من انه حرر لها عقد بيع صورى سجلته

واستلمت العقار ووضعت يدها عليه وان هناك خطرا من بقاء العين تحت يدها لانها معسرة لاتستطيع رد غلتها عند الحكم ضدها فى دعوى الملكية فان القاضى المستعجل يبحث ما اذا كان الطعن على عقد الزوجية يقوم على سند من الجد ام انه ظاهر الفساد فان استبان له انه يتسم بالجدية قضى بفرض الحراسة القضائية اذا توافرت شروطها والا قضى برفض الدعوى وكذلك الحال اذا رفعت اليه الدعوى من الحارس القضائى بطرد مغتصب لشقة من اموال الحراسة فدفع المدعى عليه بأنه يضع يده عليها بموجب عقد ايجار صادر اليه من احد ملاك المال الشائع أو ممن كان يتولى ادارته قبل فرض الحراسة فطعن الحارس على هذا العقد بالصورية المطلقة أو النسبية فان قاضى الامور المستعجلة يبحث ما اذا كان الطعن جديا أم لا فاذا خلص فى بحثه الى ان الطعن يتسم بالجدية وان ظاهر الحال يدل على ذلك قضى بطرده اما اذا اتضح له ان الطعن بالصورية لايقوم على سند من الجد وان ظاهر الأوراق يوحى بذلك قضى بعدم اختصاصه ، كذلك فانه يقضى بعدم الاختصاص اذا لم يستطع ان يرجح احدى وجهتى النظر على الاخرى .

احكام النقض :

ومن حيث إن الطاعن يبنى طعنه على سببين ينعى بالأول منهما على الحكم المطعون فيه ان المطعون عليه الأول بنى دفاعه امام محكمة أول درجة واستئنافه على اساس الادعاء بصورية عقد الايجار الصادر للطاعن – ومع انه سلم بأنه ليس للقضاء المستعجل ان يحكم بالصورية – وان له ان يقدر ظروف الحال ليصل منها إلى القضاء برفض طلب المستشكل اذا تبين انه غير جاد فى دعواه – وقد اقر الطاعن هذه النظرية وأبدى ان الظروف ووقائع الدعوى كلها تؤيد جدية عقده ومن ذلك انه وجد بالأطيان المؤجرة واعترض على المحضر حين توقيع الحجز التحفظى الاستحقاقى على الزراعة بناء على طلب الحارس على ماثبت بمحضر الحجز المؤرخ ٤ / ٩ / ١٩٥١ – وانه قام بايداع القسط الأول من الايجار خزانة المحكمة بعد ان رفض الحارس استلامه – كما عرض عليه باقى الاجرة ولم يقبلها كذلك ولكن الحكم

المطعون فيه أهمل تحصيل دفاع طرف الخصومة وأسانيدهما وأسس قضاءه على حجة لم تخطر ببال المطعون عليه الأول (المستأنف) ولم يكن قد دفع بها أو فكر فيها لأنها فى الواقع لايعرفها القانون ولا يقرها لأن نصه صريح فى المادة ٤٠٥ فى أن الاحكام حجة على من كان خصما فيها عند اتحاد السبب والموضوع ، ولكن الحكم خالف هذه القاعدة وقال (إن المستشكل يضع يده على جزء من اطيان الحراسة بصفته مستأجرا من احد الخصوم فى دعويى الموضوع والحراسة - فلا يصح القول بأن حكم الحراسة لم يصدر فى مواجهته وانه لذلك لايكون حجة عليه ذلك لأن المستشكل لايطلب إيقاف تنفيذ حكم الحراسة على أساس حق يدعى هو ترتيبه على الاطيان موضوع الدعوى يحول بين الحارس وتنفيذ حكم الحراسة بتسليم الاطيان إلى ذلك الحارس) وهذا القول خطأ واضح فالمؤجر لايمثل المستأجر ولاينوب عنه فى مثل قضية الحراسة - والمستأجر بوضع يده على العين المؤجرة اليه يكون صاحب حق أصيل فى الانتفاع بها واستغلالها - بل قد تتباين مصلحته مع مصلحة المؤجر فى مثل هذه الحالة - ولم يقف خطأ الحكم عند هذا الحد بل جاوزه إلى خطأ آخر وخرج على نص القانون واخذ بقرينة الشىء المقضى به (م ٤٠٥ / ٢ مدنى) من تلقاء نفس المحكمة إذ اعتبرت أن حكم الحراسة حجة على خصم لم يكن ممثلا فيها متعللة بأن مجال الاستماع إلى نظرية المستشكل فيما يتعلق باحترام الحارس لعقد الايجار الصادر له إنما يكون فى دعوى الموضوع . وينعى بالسبب الثانى على الحكم انه لم يرد على دفاعه وبذلك عاره قصور يبطله .

ومن حيث إنه جاء بالحكم المطعون فيه بهذا الخصوص « لايصح القول بأن حكم الحراسة لم يصدر فى مواجهة المستشكل وانه لذلك لايكون حجة عليه ، وذلك لان المستشكل لايطلب إيقاف تنفيذ حكم الحراسة على اساس حق يدعى هو ترتيبه على الاطيان موضوع الدعوى يحول بين الحارس وتنفيذ حكم الحراسة بتسليم الاطيان إلى ذلك الحارس ولكن غاية مايهدف اليه فى الدعوى الراهنة هو احترام الحارس لعقد الايجار الصادر اليه من احد المتخاصمين فى دعوى الحراسة

ووجوب قصر مأموريته فى الحراسة على قبض قيمة الايجار المبينة بذلك العقد من المستشكل دون زيادة » وهذا الذى ذهب اليه الحكم المطعون فيه من مخالفة حكم محكمة أول درجة الذى قضى بوقف التنفيذ على أساس عدم جواز الاحتجاج بحكم الحراسة على المستأجر الذى لم يكن ممثلا فى دعوى الحراسة صائب . ذلك ان الحراسة هى اجراء تحفظى والحكم الصادر فيها ليس قضاء باجراء يحتمل التنفيذ المادى فى ذاته انما هو تقرير بتوافر صفة قانونية للحارس لاداء المهمة التى تناط به فى الحد الذى نص عليه الحكم وابراز هذه الصفة ووضعها موضع التنفيذ بالنسبة للعقار ليس إلا عملا حكميا ليس له كيان مادى فلا يجوز للحارس تنفيذ الحكم بطرد واضع اليد على العقد مادام مستأجرا بعقد لاشبهة فى جديته لبعض الأعيان الموضوعة تحت الحراسة من قبل بل يحق له فقط تحصيل الايجار المستحق من المستأجر فان هو استولى على الزراعة فإنما يكون ذلك تحت مخاطرته ومسئوليته قبل المستأجرين . على انه وان يكن الحكم قد اصاب فى هذا الذى انتهى اليه ، إلا انه أخطأ بعد ذلك إذ أورد دفاع الطرفين من أن المطعون عليه أسس استئنافه على صورية عقد الطاعن ، كما ان هذا الأخير تمسك بجدية عقده ثم قال « ولا مبرر لهما ان يطلبان القضاء المستعجل الفصل فى أيهما على حق فيما يدعيه أو فى هل عقد الايجار بادىء الذكر صورى أو جدى مع ان لقاضى الأمور المستعجلة قانونا فى حالة النزاع على جدية عقد الايجار بين المستأجر والحارس تقدير الجدية تقديرا مؤقتا على مايستبين له من ظاهر المستندات دون مساس بالموضوع . ومن ثم يكون الحكم - إذ قضى على خلاف ذلك . ولم يتعرض لهذا البحث الذى كان مثار الخلاف بين الطرفين - قد خالف القانون وعاره قصور يبطلة .
(نقض ١٠ / ٢ / ١٩٥٥ السنة السادسة ص ٦٥٢) .

إذا انتهت المحكمة إلى انتفاء الصورية فانه يتعين عليها اعمال اثر العقد :

اذا طعن العقد بالصورية سواء بالصورية المطلقة أو النسبية وانتهت المحكمة إلى عدم صحة الطعن ، فأنه يتعين عليها اعمال أثر العقد فاذا

رفعت دعوى بصحة ونفاذ عقد بيع وطعن عليه بالصورية المطلقة لانه ليس هناك بيع حقيقى أو بالصورية النسبية تأسيسا على انه يخفى وصية وانتهت المحكمة إلى عدم صحة الطعن فان لازم ذلك اعتبار العقد صحيحا والحكم بصحته ونفاذه .

احكام النقض :

وحيث ان النعى برمته مردود ، ذلك ان الثابت من عقد شراء الطاعن المؤرخ ٢١ / ٥ /١٩٦٠ ان ملكية العقار المبيع قد آلت إلى البائعين له والى شقيقهما .. بموجب عقد البيع المؤرخ ١١ / ٣ / ١٩٤٥ المسجل فى ٢٨ / ١٠ / ١٩٤٥ برقم ٥٠٩٨ ، وإذ كان عقد الطاعن قد تضمن ان الاختين صدر منهما اقرار عرفى بان العقار جميعه مملوك للبائعين ، فقد تناول الحكم المطعون فيه هذا الاقرار بقوله « انه عن الاقرار المؤرخ ٢ / ١١ سنة ١٩٤٥ المتضمن اقرار المستأنف عليهما الثالثة والرابعة (المطعون عليهما العاشرة والحادية عشرة) بأن عقد البيع الصادر لهما مع المستأنف عليهما الأولين (مورثى المطعون عليهم من الأول إلى التاسعة) هو فى حقيقته صادر لهذين المستأنف عليهما لأنهما هما اللذان اديا كامل ثمنة ، فهو وان كان حجه على المقرين إلا انه ليس حجة على الغير طالما انه لم يشهر عنه لأنه اقرار بملكية عقار يتعين شهره لسريانه فى حق الغير » ، وهو مايعنى ان الحكم المطعون فيه قد اعتبر هذا الاقرار تصرفا مقررا للملكية وليس منشئا لها ، أى انه أضار بملكية سابقة ليس هو سندها بل دليلها ، فيكون هذا التصرف الإقرارى حجة على المقر دون حاجة إلى تسجيل وفقا لحكم المادة العاشرة من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقارى وهو ذات حكم قانون لتسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ الذى وان كان قد سوى بين التصرفات المنشئة للملكية وغيرها من الحقوق العينية وبين التصرفات المقررة لها من حيث وجوب تسجيلها ، إلا انه فرق بين النوعين فى أثر عدم التسجيل فرتب على التصرفات الانشائية ان الحقوق التى تقصد إلى انشائها أو نقلها أو تغييرها أو زوالها لاتنشأ ولاتنتقل ولاتتغير ولا تزول بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم إلا بالتسجيل ، بخلاف التصرفات المقررة

لهذه الحقوق فانه رتب على عدم تسجيلها انها لاتكون حجة على الغير مما مفاده جواز الاحتجاج بها بين المتعاقدين بغير حاجة إلى تسجيل ، ولما كان المشترى من المطعون عليهما العاشرة والحادية عشرة يعتبر من الغير بالنسبة للاقرار العرفى الصادر منهما للبائعين للطاعن . لأنه ثبت لهذا المشترى على العقار الذى اشتراه حق عينى مصدره تصرف قانونى يخضع للشهر . وتم تسجيله بالفعل فى ١١ / ٨ / ١٩٦٠ برقم ٣٧٣٦ . فان ذلك الاقرار لايصح ان يتعدى اثره إلى هذا المشترى . لما كان ذلك « وكان الحكم المطعون فيه قد نفى صورية عقد شراء المذكور . فان الحكم لايكون قد خالف القانون حين فرق بين الاثر المترتب على الاقرار العرفى المؤرخ ٢ / ١ / ١٩٤٢ فيما بين المقرين والمقر لهما من جواز لاحتجاج به بينهم حتى ولو لم يسجل ، وبين أثره بالنسبة للغير فقضى بعدم تجاوز هذا الاثر اليه لانه اقرار بملكية عقار لم يشهر عنه ، واذ خلص من ذلك إلى ماقرره من انه « لما كان لمستأنف عليه الأخير قد اشترى من المستأنف عليهما الثالثة والرابعة المالكتين لثلث العقار وأشهر عقده ، ولم يثبت أن ذلك العقد صورى صورية مطلقة ، فإن الحكم المستأنف يكون لما سبق من أسباب وللأسباب الأخرى التى بنى عليها والتى لاتتعارض مع هذه الاسباب فى محله » إذ كان ذلك ، وكان ماتمسك به الطاعن من تملك البائعين له جميع العقار بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية قد تناوله الحكم الابتدائى الصادر فى ٢٩ / ١١ / ١٩٦٤ بقوله « وتطمئن المحكمة إلى أقوال شاهدى المدعى عليهما الأخيرتين (المطعون عليهما العاشرة والحادية عشر) لانه فضلا عن أنهما ليسا أصحاب مصلحة فى الدعوى فهما من اقرباء المدعى عليهم وقد شهدا بأن المدعى عليهم قد اشتروا المنزل موضوع الدعوى بحق الثلثين لكل من المدعى عليهما الأولين (مورثى المطعون عليهم من الأول إلى التاسعة) والثلث للمدعى عليهما الاخيرتين وانهم جميعا قد وضعوا اليد عليه ، وأردفا بأن عقد الاتفاق المؤرخ ٢ / ١١ / ١٩٤٥ لم ينفذ .. ومن حيث ان الذى تستخلصه المحكمة مما تقدم ان المدعى عليهما الأولين لم يضعا اليد على العين موضوع الدعوى المدة الطويلة المكسبة للملكية وهذا ثابت من أقوال الشهود جميعا اثباتا ونفيا ، ويؤكد

هذه الحقيقة ان المدعى عليهم قد اكدوا فى الاتفاق المؤرخ ٢ / ١١ / ١٩٤٥ انهم جميعا المالكون للمنزل محل النزاع حتى ذلك التاريخ » وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى للاسباب التى ساقها والتى لاتتعارض مع اسباب الحكم الابتدائى إلى القضاء بتأييده بما يعنى ان الحكم المطعون فيه أقر الحكم لابتدائى فيما استخلصه من عدم انفراد البائعين للطاعن بوضع اليد على جميع العقار المدة الطويلة المكسبه للملكية ، وهو استخلاص سائغ يدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ويستقل بسببه الجازم المستمد من أقوال الشهود الذين سمعتهم المحكمة ، ولاتساند بينه وبين ماإستطرد إليه الحكم فى اسبابه فى مقام التأكيد حين أورد قوله » .. ويؤكد هذه الحقيقة ان المدعى عليهم قد أكدوا فى الاتفاق المؤرخ ٢ / ١١ / ١٩٤٥ انهم جميعا المالكون للمنزل محل النزاع حتى ذلك التاريخ ، ولما كان هذا الاتفاق قد عدل عنه باتفاق اطرافه .» لأن هذا من الحكم لايعدو كونه تعزيزا لاقتناعه بالحقيقة التى أطمأن اليها من أقوال الشهود التى يستقيم بها قضاؤه بغير حاجة إلى ذلك الاستطراد ، فإن ماانتهى إليه الحكم المطعون فيه من إقتصار حجية الاقرار على المقرتين والمقر لهما وعدم جواز الاحتجاج به على الغير بسبب عدم تسجيله ، على خلاف ماذهب اليه الحكم الابتدائى من أن هذا الاقرار قد عدل عنه ، ليس من شأنه ان يزيل الاساس الذى استند اليه الحكم الابتدائى بشأن نفى وضع اليد المملك بالمدة الطويلة عن البائعين للطاعن وهو الاساس المستمد من أقوال الشهود على ماسبق بيانه ، ولايكون من شأن هذا الخلاف بين الحكمين فى وجهتى النظر بخصوص الاقرار المذكور ان يفضى إلى تماحى أسبابهما ، ذلك انه فضلا عن ان الحكمين التقيا فى النتيجة من حيث عدم الاعتداد بالاقرار ، للعدول عنه كما قال الحكم الابتدائى ، ولعدم سريانه على الخصم المتدخل « المشترى من المطعون عليهما العاشرة والحادية عشرة » لأنه من الغير ، وسريانه فقط على المقرتين وفقا لما أخذ به الحكم المطعون فيه فإن نفى محكمة الموضوع وضع يد البائعين للطاعن على جميع العقار بنية الملك لاتعارض بينه وبين حجية الاقرار فيما بينهما ، وبين المقرتين والذى انتهت المحكة إلى الأخذ بة ، ذلك انه لاتلازم بين الاقرار بالملكية فى

ذاته باعتباره تصرفا قانونيا ، وبين وضع اليد بنية الملك باعتباره واقعه مادية خلصت تلك المحكة من أقوال الشهود إلى عدم توافرها فى حق البائعين ، لما كان ذلك وكان من المقرر انه اذا قضت محكم الاستئناف بتأييد الحكم الابتدائى للاسباب الواردة به ولاسباب اخرى استندت اليها ، وكانت هذه الاسباب كافية لاقامة الحكم عليها ، فإنه لا يؤثر فى سلامة حكمها ان يكون هناك تناقض بين أسبابه وبين بعض اسباب الحكم الابتدائى ، اذ ان اخذ محكمة الاستئناف بأسباب الحكم الابتدائى ، معناه الاسباب التى لاتتعارض مع اسبابها ، وهو نفسه ما أفصح عنه الحكم المطعون فيه اذ انه احال إلى اسباب الحكم الابتدائى فيما لا تعارض بينهما فيه فتعتبر اسباب الحكم الابتدائى فى هذه الحالة مكملة لاسباب الحكم المطعون فيه فيما لاتتعارض فيه ، لما كان ذلك فان المطاعن الموجهه الى الحكم المطعون فيه تكون على غير اساس ، (نقض ١١ / ١ / ١٩٧٩ سنة ٣٠ العدد الاول ص ١٨٣) .

نقض الحكم المطعون فيه نقضا جزئيا فيما قضى به من صورية عقد احد الخصوم يوجب نقضه بالنسبة لباقى الخصوم فى الدعوى :

من المقرر انه اذا صدر حكم وقضى بصورية عقد أو برفض الطعن وبصحته سواء كان ذلك فى منطوقه أو فى اسبابه المرتبة بالمنطوق وطعن علىّ هذا الحكم بالنقض ورأت محكمة النقض نقضه نقضا جزئيا بالنسبة لاحد الخصوم فان ذلك يستلزم نقض الحكم بالنسبة لباقى الخصوم فى الدعوى لان وصف المحرر بأنه صورى أوغير صحيح مسألة لاتقبل التجزئة كما أوضحنا ذلك فى موضعه ونقض الحكم فى موضوع غير قابل للتجزئة يوجب نقضه بالنسبة لباقى الخصوم .

احكام النقض :

لما كان وصف المحرر انه صحيح أو صورى من المسائل التى لاتقبل التجزئة وكان المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان نقض الحكم فى موضوع غير قابل للتجزئة يوجب نقضه بالنسبة لباقى الخصوم فى الدعوى خاصة اذا ارتبط المركز القانونى لكل منهم بالآخر ويترتب على نقض الحكم الغاء

جميع الاحكام المؤسسة عليه بقوة القانون عملا بالمادة ٢٧١ من قانون المرافعات . لما كان ذلك فانه يتعين نقض الحكم بصورية عقد الايجار المؤرخ ١ / ١٢ / ١٩٧٥ لصالح الطاعن الاول وكذلك الحكم المطعون فيه المؤسس على هذا القضاء ، والذى قضى بطرد الطاعن الاول من العين محل النزاع ، وتمكين المطعون ضده الثالث منها دون حاجة لبحث باقى اسباب الطعن على ان يكون مع النقض الاحالة (نقض ٢٧ / ٦ / ١٩٨٥ طعن رقم ١٢٦٤ سنة ٥٤ ق) .

ليس هناك تناقض بين قضاء المحكمة بصحة الورقة المتضمنة عقد بيع وقضائها باعتبار الاقرار المحرر فى ذات تاريخ العقد ورقة ضد :

اذا اتفق شخص مع آخر على ان يبيعه عقارا بيعا صوريا وحررا عن ذلك عقد بيع وتحررت ورقة ضد بنفس التاريخ او بتاريخ معاصر عن نفس العقد يتضمن ان البيع فى حقيقته وصية او هبة او أى تصرف اخر ورفع المشترى دعوى بصحة ونفاذ عقد البيع فطعن البائع على هذا العقد بالتزوير مدعيا حدوث تزوير به بعد تحريره وقدم من جانبه ورقة الضد فطعن المشترى بدوره عليها بالتزوير مؤسسا طعنه على ارتكاب تزوير فيها وتبين للمحكمة ان الطعن بالتزوير على كلا العقدين غير صحيح فليس هناك مايمنع من ان تقضى بصحة العقدين ولايكون هناك ثمة تناقض بين حكمها بصحة الورقة المتضمنة عقد بيع وبين قضائها باعتبار الاقرار المحرر فى تاريخ العقد المذكور أو فى تاريخ معاصر له ورقة ضد له ذلك ان القضاء الاول وان كان يتضمن ان طرفى العقد قد قصد الى ان يحرراه فى صيغة بيع الا ان ذلك لاينفى انه عقد ظاهر صورى يستر عقدا آخر حقيقيا محررا بين الطرفين هو ورقة الضد التى تستر عقدا حقيقيا مكتوبا بعقد ظاهر .

احكام النقض :

١ - وحيث ان هذا النعى غير صحيح ذلك بأنه لاتناقض بين قضاء الحكم المطعون فيه بصحة الورقة المتضمنة عقد البيع وبين قضائه باعتبار الاقرار المحرر فى ذات تاريخ العقد المذكور ورقة ضد له اذ ان

قضاءه الاول وان كان يتضمن ان طرفى العقد قصدا الى ان يحرراه فى صيغة بيع الا ان ذلك لاينفى انه عقد ظاهر صورى يستر عقدا آخر حقيقيا محررا بين الطرفين هو ورقة الضد بل ان هذا هو الشأن دائما فى الصورية اذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا مكتوبا بعقد ظاهر . (نقض ٣٠ / ٥ / ١٩٦٨ سنة ١٩ العدد الثانى ص ١٠٤٥) .

اعتداد هيئة ادارية ذات اختصاص قضائى بعقد يمنع من الطعن عليه بعد ذلك بالصورية :

من المقرر ان القرار الصادر من احدى الهيئات الادارية ذات الاختصاص القضائى قرار ادارى الا انه اذا اصبح نهائيا فانه يحوز قوة الامر المقضى ولا يجوز للمحاكم ان تصدر حكما يناقضه حتى ولو الغيت هذه الهيئة بعد ذلك مادام انها أصدرت قرارها قبل الغائها فاذا قدم عقد ايجار الى لجنة الفصل فى المنازعات الزراعية قبل الغائها واعتدت به فى ثبوت العلاقة الايجارية فلا يجوز الطعن على هذا العقد بالصورية امام القضاء المدنى مادام ان قرار اللجنة قد حاز قوة الامر المقضى ولايجوز للمحكمة ان تعود لمناقشة الطعون التى توجه لهذا العقد ، كذلك من المقرر ان اللجنة المختصة بنظر المعارضات فى تعويض نزع الملكية والمنشأة بالقانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ هى هيئة ادارية ذات اختصاص قضائى ومن ثم تسرى عليها المبادىء المتقدمة فاذا قدم عقد لها واعتبرته صحيحا فلا يجوز الطعن على هذا العقد بعد ذلك بالصورية امام المحاكم المدينة مادام ان قرارا للجنة قد حاز قوة الامر المقضى .

وهناك هيئات قضائية ذات لختصاص قضائى كاللجنة القضائية للاصلاح الزراعى المنصوص عليها بالمرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ وهيئات التحكيم المختصة بنظر منازعات القطاع العام المنصوص عليها بالقانون ٩٧ لسنة ١٩٨٣ ويكون للقرار النهائى الصادر منها قوة الامر المقضى فاذا اصدرت قرارا اعتدت فيه بعقد معين فلا يجوز بعد ذلك الادعاء بصورية هذا العقد امام المحاكم المدنية .

ويشترط لعدم جواز تعرض المحاكم المدنية للطعن بالصورية على العقد الذى اعتدت به الهيئة الإدارية ذات الاختصاص القضائى أو

الهيئة القضائية ذات الاختصاص القضائى ان تكون الهيئة التى اصدرت القرار مختصة بنظر النزاع التى اصدرت قرارها فيه اما اذا جاوزت اختصاصها فان على المحاكم الاتعتد بهذا القرار وان تبحث صورية العقد الذى إعتدت به اللجنة مادام انها خرجت عن الاختصاص الذى رسمه لها القانون .

أحكام النقض :

وحيث أن النعى مردود ، ذلك أنه لما كان النص فى المادة الثالثة من القانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٦٦ بشأن لجان الفصل فى المنازعات الزراعية ـ قبل إلغائها بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٥ – على أنه « تختص لجنة الفصل فى المنازعات الزراعية بنظر المنازعات الناشئة عن العلاقة الإيجارية فى الأراضى الزراعية وما فى حكمها من الأراضى البور والصحراوية أو القابلة للزراعة . وبوجه خاص تختص اللجنة وحدها بالفصل فى المسائل الآتية :

ا – المنازعات الناشئة عن تطبيق احكام المواد من ٣٢ الى ٣٦ مكررا « ز » من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالإصلاح الزراعى (ب) ... (ج) ... ، وفى الفقرة الثانية من المادة السابعة قبل إلغائها بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٢ – على انه « ويمتنع على المحاكم النظر فى المنازعات التى تدخل فى اختصاص هذه اللجان طبقا للفقرة الثانية من المادة الثالثة وتحال اليها فورا جميع القضايا المنظورة حاليا امام محاكم الدرجة الأولى والتى تدخل فى هذا الإختصاص مادام باب المرافعة لم يقفل فيها » . يدل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ـ على ان المشرع خول للجان الفصل فى المنازعات الزراعية اختصاصا يشاركها فيه القضاء العادى واختصاصا انفراديا تستأثر به ولا تشاركها فيه ايه جهة قضائية اخرى ، يتناول المنازعات المبينة على سبيل الحصر فى الفقرة الثانية من المادة الثالثة سالفة الإشارة ، ولما كانت المنازعة فى صحة العقد المثبت لقيام العلاقة الإيجارية او بطلانه أو فى تطبيق احكام المادة ٣٧ من قانون الاصلاح الزراعى الخاصة بالحد الاقصى للحيازة تندرج ضمن المنازعات الايجارية للأراضى

الزراعية المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة الثالثة المذكورة فينعقد الاختصاص بنظرها لكل من لجان الفصل فى المنازعات الزراعية والمحاكم ، ويكون القرار النهائى الصادر فيها من اللجنة المختصة قوة الأمر المقضى مما لا يجوز معها للخصوم العودة الى مناقشة ذات النزاع فى اى دعوى تالية ولو بادلة قانونية أو واقعية لم يسبق اثارتها امام اللجنة أو أثيرت ولم يبحثها القرار الصادر فيها ، وكانت المنازعة فى صحة العقد بتسع نطاقها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لبحث كل ما يتعلق بوجود العقد او انعدامه وبصحته او بطلانه او صوريته صورية مطلقة إذ من شان هذه الصورية لو صحت ان يعتبر العقد ولا وجود له قانونا فتحول دون الحكم بصحته ، فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتد بحجية القرار الصادر بتاريخ ٢٠ / ٢ / ١٩٧٢ من اللجنه الإستئنافية للفصل فى المنازعات الزراعية بثبوت العلاقة الايجارية بين المطعون عليه الأول وبين الطاعن بصدد ما اثاره الأخير من صورية عقد الايجار يكون قد اصاب صحيح القانون . لما كان ذلك وكان ماتقضى به المادة الأولى من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٣ من إلغاء موانع التقاضى فيما كانت تنص عليه المادة السابعة من القانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٦٦ من عدم جواز الطعن بإلغاء ووقف تنفيذ القرارات الصادرة من لجان الفصل فى المنازعات الزراعية واللجان الاستئنافية ، وما تقضى به المادة الثانية من العمل به من تاريخ نشره فى ٨ / ٦ / ١٩٧٢ ، يفيد ان القرارات التى اصبح الطعن فيها جائزا بمقتضاه هى التى تصدر فى تاريخ لاحق لنشره دون السابقة عليه عملا بالفقرة الثالثة من المادة الأولى من قانون المرافعات التى تستثنى من سريانه القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من احكام قبل تاريخ العمل بها متى كانت هذه القوانين منشئة لها ، وإذ صدر قرار اللجنة الاستئنافية للفصل فى المنازعات الزراعية فى ٢٠ / ٢ / ١٩٧٢ فإن الطعن عليه لا يكون جائزا . لما كان ما تقدم وكانت لجان الفصل فى المنازعات الزراعية واللجان الاستئنافية المشار اليها بالقانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٦٦ أنف الذكر تعتبر هيئات ادارية ذات اختصاص قضائى ، وكانت المادة ١١ من قانون مجلس الدولة رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ ـ المقابلة للمادة ١٠ / ٨ من القانون رقم

٤٧ لسنة ١٩٧٢ – ناطت بمحاكم مجلس الدولة دون غيرها الفصل فى الطعون التى ترفع عن القرارت النهائية الصادرة من جهات ادارية لها اختصاص قضائى فى حالات معينة ، فإنه لا يسوغ للطاعن الطعن فى القرار المنوه عنه على فرض جوازه عن طريق الدفع فى دعوى مطروحة امام المحاكم العادية ، ويكون النعى على الحكم بالخطا فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب على غير اساس .

ولما تقدم يتعين رفض الطعن . (نقض ٥ / ٤ / ١٩٧٨ سنة ٢٩ العدد الاول ص ٩٦٥) .

المبحث الثانى
الدفع بالصورية

هل يجوز للمحكمة أن تقضى بصورية العقد دون أن يطعن فيه أحد الخصوم بالصورية »

من المقرر أنه لا يقبل الطعن بصورية عقد إلا كان للطاعن مصلحة من وراء إسقاطه ذلك العقد ، وقد فرع بعض الفقهاء على هذا المبدأ أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضى بصورية العقد إلا إذا طعن أحد الخصوم فيه بالصورية . (أحكام الالتزام د . اسماعيل غانم ٩١) .

إلا أن محكمة النقض ناهضت هذا الاتجاه وخولت محكمة الموضوع بحث ، جدية الورقة التى تقدم فى الدعوى ولو لم يطعن عليها أحد بالصورية ، مادام أن ذلك لازما للفصل فيها . وقد ساير الفقه الحديث هذا الرأى .

(من هذا الرأى الأستاذ كمال عبد العزيز فى مؤلفه التقنين المدنى فى ضوء الفقه والقضاء) .

وفى تقديرنا ان الرأى الأول هو الصحيح ذلك انه من المقرر انه لايجوز للمحكمة أن تعرض لدفاع لم يتمسك به الخصم الا إذا كان متعلقا بالنظام العام ومادام ان احدا من الخصوم لم يطعن على العقد بالصورية ولم يتبين للمحكمة انه يخفى قاعدة امرة متعلقة بالنظام العام فلا يجوز لها أن تتصدى للصورية من تلقاء نفسها .

أحكام النقض :

١ - لمحكمة الموضوع الحق دائما فى بحث جدية الورقة التى تقدم فى الدعوى مادام ذلك لازما للفصل فيها ، فإذا أريد التمسك بورقة ضد الغير ، كان للمحكمة ولو لم يطعن أحد فيها بالصورية أن تعرض لها فتستنتج عدم جديتها وصوريتها من قرائن الدعوى ولا رقابة لمحكمة

النقض عليها فى ذلك متى كان استخلاصها سليما .

(نقض جلسة ٢٥/٥/١٩٤٤ - مجموعة ٢٥ سنة ص -- بند رقم ٥٢) .

٢ - بحث صورية الورقة التى تقدم فى الدعوى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مما تختص به محكمة الموضوع فلها بموجب هذه السلطة أن تعرض لها وتستنتج جديتها أو صوريتها من قرائن الدعوى دون رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض متى كان استخلاص المحكمة سائغا . (نقض ٣١/١٠/١٩٨٥ الطعنان رقما ١٣٥٢ ، ١٣٨٤ لسنة ٥١ قضائية) .

الدفع بالصورية دفع موضوعى يجوز إبداؤه فى أية حالة تكون عليها الدعوى :

من المقرر أن الدفع بالصورية دفع موضوعى يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف حتى ولو لم يكن أحد أطراف العقد المدعى بصوريته قد اختصم أمام محكمة أول درجة ولا يغير من ذلك ما نصت عليه المادة ٢٣٦ من قانون المرافعات من عدم جواز إدخال من لم يكن خصما فى الدعوى الصادر فيها الحكم المستأنف فى الخصومة المقامة أمام محكمة الاستئناف ، لأن القانون فى دعوى الصورية لا يوجب اختصام أشخاص معينين وهو ما سنشرحه فى المبحث التالى مباشرة .

أحكام النقض :

تراجع الأحكام التى وردت فى المبحث التالى مباشرة .

لا يوجب القانون اختصام أشخاص معينين فى الصورية وذلك فيما عدا الحالات الخاصة التى نص عليها :

رغم أن دعوى الصورية لا تقبل التجزئة - كما سلف القول - فإن القانون لا يوجب فيها اختصام أشخاص معينين حتى ولو كانوا طرفا فى العقد المطعون عليه بالصورية إذ لا يترتب البطلان على عدم اختصامهم وإنما الجزاء المترتب على ذلك أن الحكم الصادر فى الدعوى

لا تكون له حجية عليهم فإذا ادعى شخص صورية عقد بيع وأدخل البائع فى الدعوى ولم يدخل المشترى فلا يترتب على ذلك بطلان .. غير أن الحكم الصادر فى الدعوى لا يحاج به المشترى عملا بالقاعدة العامة المنصوص عليها فى قانون الإثبات والتى تقضى بأن الحكم حجة على الخصوم فيه وكذلك الشأن إذ ادعى المؤجر أن عقد التأجير من الباطن صورى واختصم المؤجر الأصلى دون المستأجر من الباطن فإن الحكم الصادر فى الدعوى لا تكون له حجية قبل المستأجر من الباطن .

غير أنه يتعين ملاحظة أن هذا المبدأ لا يسرى على دعوى الشفعة التى لا يختصم فيها الشفيع المشترى الثانى أمام محكمة أول درجة إذا كان عقد الأخير قد ثبت تاريخه قبل تسجيل إنذار الرغبة فى أخذ العقار بالشفعة لأن القانون يوجب فى هذه الحالة اختصام المشترى الثانى حتى ولو كان عقده صوريا وبالتالى فإذا فات الشفيع إدخال المشترى أمام محكمة أول درجة فإنه لا يجوز له إدخاله أمام محكمة الاستئناف لأن عدم اختصام المشترى الثانى يترتب عليه الحكم بعدم قبول دعوى الشفعة .

أحكام النقض :

١ - من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الاستئناف ينقل الدعوى إلى المحكمة الاستئنافية لنظرها وفقا لما تقضى به المادة ٢٣٣ من قانون المرافعات لا على أساس ما كان مقدما فيها من أدلة ودفوع وأوجه دفاع أمام محكمة أول درجة فحسب ، بل وأيضًا على أساس ما يطرح فيها عليها ويكون قد فات الطرفين إبداؤه أمام محكمة أول درجة . وإذا كان الدفع بالصورية هو من قبيل الدفوع الموضوعية فإنه يجوز إبداؤه ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف حتى ولو لم يكن المشترى بالعقد المدفوع بصوريته فقد اختصم أمام محكمة أول درجة ولا يغير من ذلك ما نصت عليه المادة ٢،٣٦ من قانون المرافعات من عدم جواز إدخال من لن يكن خصما فى الدعوى الصادر فيها الحكم المستأنف من الخصومة القائمة أمام محكمة الاستئناف ، لأن القانون فى دعوى الصورية لا يوجب اختصام أشخاص معينين ومن ثم فإن عدم اختصام المشترى

بالعقد المدفوع بصوريته لا يترتب عليه سوى أنه لا يكون للحكم الصادر فيها حجية عليه .

لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعن بصورية عقدى البيع المسجلين الصادرين من المطعون عليهم الثلاثة الأخيرين إلى إبراهيم محمد خليل تأسيسا على أنه دفاع غير جدى لعدم إبدائه أمام محكمة أول درجة وعدم إدخاله هذا المشترى خصما فى الدعوى حتى يواجه هذا الدفاع ورفض بناء على ذلك طلب الطاعن إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات صورية العقدين مع أن مجرد عدم التمسك بالصورية أمام محكمة أول درجة لا يدل بذاته على عدم جديته كما أن عدم إدخال الطاعن للمشترى بالعقدين المتمسك بصوريتهما ليس واجبا قانونا فى هذه الدعوى ، وكانت هذه الأسباب التى أوردها الحكم لا تسوغ قضاءه برفض إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات الصورية فإنه يكون قد شابه الفساد فى الاستدلال والقصور فى التسبيب بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث الوجه الآخر من وجهى الطعن .

(نقض ١٦ / ٤ / ١٩٨١ – طعن رقم ٧٤٠ لسنة ٤٨ ق) .

٢ – لا يوجب القانون فى دعوى الصورية ـ المرفوعة من المشترى الثانى ضد المشترى الأول وهو أحد ورثة البائع – اختصام أشخاص معينين ومن ثم فإن عدم اختصام ورثة البائع لا يترتب عليه سوى أنه لا يكون للحكم الصادر فى الدعوى حجة عليه دون أن يؤدى ذلك إلى بطلان الحكم ، لما كان ذلك فإنه لا يقبل من الطاعن – المشترى الأول – التحدى بعدم اختصام ورثة البائع .

(نقض ٢٦ / ٦ / ١٩٧٣ سنة ٢٤ العدد الثانى ص ٩٦٧ ، نقض ٢٦ / ٦ / ١٩٧٣ طعن رقم ١٦٠ لسنة ٣٨ ق – لم ينشر) .

٣ – الدفع بالصورية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو دفع موضوعى يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف .

نقض ١٨ / ٤ / ١٩٨٥ – طعن رقم ٢١٢ لسنة ٥٢ ق) .

٤ – لما كان الحكم المطعون فيه قد اقتصر على القضاء برفض دعوى الطاعنة بطلب صحة العقد ونفاذه ، وكانت الدعوى بصحة ونفاذ

العقد - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هى دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيه إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه ، وهى تستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية وهو ما يقتضى أن يفصل القاضى فى أمر صحة البيع ويتحقق من استيفائه الشروط اللازمة لانعقاده وصحته ومن ثم فإن تلك الدعوى تتسع لبحث كل ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد أو انعدامه وبصحته أو بطلانه ومنها أنه صورى صورية مطلقة ، إذ من شأن هذه الصورية لو صحت أن يعتبر العقد ولا وجود له قانونا فتحول دون الحكم بصحته ونفاذه . (نقض ١٢ / ٤ / ١٩٧٣ سنة ٢٤ العدد الثانى ص ٥٩٦) .

٥ - وحيث أن الطاعن ينعى بالوجه الأول من السبب الثالث على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون وفى بيان ذلك يقول أن الحكم قضى بصورية عقد الإيجار الصادر إلى الطاعن من وكيل الدائنين دون أن يدخل المطعون عليه هذا الأخير خصما فى الدعوى أو تقرر المحكمة إدخاله فيها ، مع أن صورية العقد لا تتجزأ مما يتعين معه اختصام طرفى العقد تفاديا لتناقض الأحكام ، وهو ما يعيب الحكم بمخالفة القانون .

وحيث أن النعى غير صحيح ، ذلك أن القانون لا يوجب فى دعوى الصورية اختصام أشخاص معينين ومن ثم فلا تأثير لعدم اختصام المؤجر فى دعوى صورية عقد الإيجار على قبول الدعوى وإنما الأثر المترتب على ذلك ينحصر فى أن الحكم الصادر فيها لا يكون حجة عليه ويكون النعى على غير أساس .

(نقض ٤ / ٥ / ١٩٧٧ سنة ٢٨ ق العدد الأول ص ١١٢٥) .

يتعين على مدعى وجود الصورية أن يبدى ذلك الدفع صراحة :

من المقرر أن الطعن بالصورية يجب أن يكون صريحا واضحا ويقدم فى صيغة جازمة تدل على تصميم صاحبه عليه . ولا يكفى الطعن بالتواطؤ أو الاحتيال ، لأن التواطؤ كما سبق القول لا يمنع من جدية العقد ، ولأن الدفع بالتواطؤ أو الغش لا يستلزم الدفع بالصورية .

كذلك فإن مجرد تمسك الخصم بأن المشترية لا تملك ثمن المبيع

الوارد بالعقد وأنها لم تضع اليد عليه وظل فى وضع يد المورث حتى وفاته كل هذا لا يفصح بأنه يدفع بصورية العقد .

أحكام النقض :

١ - وحيث أن النعى بهذين السببين فى غير محله ذلك أن الثابت بمذكرة الطاعنة أمام محكمتى الدرجة الأولى والثانية أنها أقامت دفاعها على ثبوت حالة العته الشائعة لدى المورث وبعد أن عددت القرائن التى تركن إليها فى إثبات ذلك انتهت إلى أن المورث كان منذ تاريخ التصرف بالبيع مصابا بحالة عته شائعة تعدم إرادته فيكون العقد باطلا بطلانا مطلقا طبقا لنص المادة ١١٤ من القانون المدنى ومؤدى ذلك انصراف الطعن على العقد على ثبوت حالة العته التى تعدم الإرادة دون غيرها من أسباب البطلان ، لما كان ذلك وكان ما قالت به الطاعنة من أن المطعون عليها لم تكن تملك الثمن الوارد بالعقد ، وأن ذلك الثمن يقل كثيرا عن قيمة المبيع وأن المورث كان يضع اليد على المبيع حتى وفاته لا يفصح عن أنها تدفع بصورية العقد إذ أنها أوردت ذلك فى سياق تدليلها على أن المطعون عليها استغلت المورث واستوقعته على عقد البيع ، وكان الطلب أو الدفاع الذى تلتزم المحكمة بإجابته والرد عليه وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ، هو ذلك الذى يقدم إلى المحكمة فى صيغة صريحة جازمة تدل على تصميم صاحبه عليه ، فإن الحكم المطعون فيه إذا التفت عن بحث الصورية لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون أو أخل بحق الدفاع أو شابه القصور أو الفساد فى الاستدلال ويكون النعى عليه بهذين السببين على غير أساس .

(نقض ١١ / ٦ / ١٩٧٨ سنة ٢٩ ص ١٣٩١) .

٢ - إذا كان الطاعن لم يقدم ما يدل على تمسكه أمام محكمة الموضوع بأن تاريخ العقدين محل النزاع غير صحيح ، فإن ما يثيره بشأن عدم صحة هذا التاريخ يكون غير مقبول .

(نقض ٢ / ٥ / ١٩٧٢ س ٢٣ ص ٧٨١) .

٣ - من حيث أن الطعن على العقود بالصورية الذى يجب على محكمة الموضوع بحثه والبت فيه يجب أن يكون صريحا فى هذا المعنى

ولا يفيده مجرد الطعن بالتواطؤ ، ذلك لاختلاف الأمرين مدلولا وحكما لأن الصورية تغنى عن قيام العقد أصلا فى نية عاقديه أما التواطؤ بين المتعاقدين فإنه غير مانع بذاته من صورية العقد ومن رغبتهما إحداث أثار قانونية له .

وحيث أن الطعن الذى تقدم به الطاعنون أمام محكمة أول درجة إنما كان طعنا بصدور العقد بطريق التواطؤ بين البائعين فى الرجوع فى البيع لهم ، وهو ما فهمته محكمة أول درجة . ولماكان الطاعنون لم يتمسكوا فى مرحلة الاستئناف بأكثر مما سبق أن رددوه فى هذا الصدد أمام المحكمة الأولى ، فإن النعى بعد ذلك على الحكم المطعون فيه بالقصور عن الرد على صدور العقد عن تواطؤ بين المشرى وبين البائعين له رغبة منهم فى الرجوع عن البيع لا يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، إذ أنه على فرض قيام التواطؤ فإن الملكية قد انتقلت إلى المطعون عليه بتسجيل عقده متى كان من الثابت أنه لم يمض على وضع يد الطاعنين على الأرض بمقتضى عقود عرفية من سنة ١٩٢٣ ، المدة الطويلة المكسبة للملكية عندما اشتراها المطعون عليه من نفس بائعيهم بعقده المسجل سنة ١٩٣٥ .

(نقض ١٩٥٨/٤/٣ - س ٩ - ص ٣٣٠) .

٤ - المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الطعن بالصورية الذى يجب علىَ المحكمة البحث والبت فيه يلزم أن يكون صريحا فى هذا المعنى ولا يفيده مجرد الطعن بالتواطؤ ، أو الاحتيال لاختلاف الأمرين مدلولا وحكما ، لأن الصورية إنما تعنى عدم قيام المحرر أصلا فى نية عاقديه ، أما التواطؤ فإنه غير مانع من جدية التعاقد ومن قيام الرغبة فى إحداث أثار قانونية له ، ولما كان الواقع فى الدعوى أن الطاعنة لم تدفع بصورية عقد الإيجار الصادر للمطعون عليه الثانى أمام محكمة أول درجة ، وإنما بنت دفاعها على أن عملية القرعة التى جعلت منها سندها فى مدعاها أجريت بمعرفة المالك وساقت على ذلك فى مذكرتيها الشارحتين عدة قرائن تنم عن التواطؤ بين المالك وبين قريب المطعون عليه الثانى بدليل تحرير العقد بمقر الشرطة وتأخر المستأجر فى استلام الشقة من مستأجرها وقتذاك وكان هذا لا يعنى التمسك على نحو قاطع بصورية

هذا العقد ، فلا على الحكم المطعون فيه أن هو التفت عن هذا الدفاع .

(نقض ٤ / ٥ / ١٩٧٧ - السنة ٢٨ - ص ١١٣٦) .

٥ - من حيث أن ما يثيره الصاعن من صورية الاتفاق على التصريح بالتأجير من الباطن يعد سببا جديدا لم يسبق له التمسك به أمام محكمة الموضوع لأنه واقع فلا يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أصاب فى تقريره جواز الجمع بين الزيادتين ، وكانت هذه الدعامة كافية وحدها لحمل الحكم فلا يعيبه بعد ما استطرد إليه تزيدا من تقرير عدم جدية المنازعة أو بقيام التواطؤ بين الطاعن والمالكة السابقة لما كان ذلك وكان قاضى الموضوع غير ملزم بتعقب الخصوم فى كل مناحى حججهم ودفاعهم والرد على كل حجة استقلالا لأن فى قضائه السائغ الرد الضمنى على كل حجة مخالفة فإن النعى يكون على غير أساس .

(نقض ١٤ / ٤ / ١٩٧٦ - السنة ٢٧ - ص ٩٤٤) .

يتعين أن يكون الدفع بالصورية منتجا فى الدعوى

تناولنا هذا الموضوع فى بحث تال فى شرح أسباب الحكم الصادر ردا على الطعن بالصورية وأنه يتعين أن تتضمن مدونات الحكم الرد الكافى على هذا الدفع - فيرجع إليه فى موضعه .

المبحث الثالث

تسبيب حكم الصورية

قاضى الموضوع يستقل بتقدير الدليل على الصورية :

نظرًا لأن أكثر الأحكام فى الصورية تبنى على القرائن لذلك يتعين بيان أثرها فى الحكم .

ومن المقرر أن تقدير أدلة الصورية مسألة موضوعية تستقل بها محكمة الموضوع لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى ولا رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض وذلك بشرط أن تدلل على وجودها أو نفيها بقرائن وأدلة سائغة تؤدى فى العقل والمنطق إلى ما انتهت إليه .

هل يجوز مناقشة كل قرينة على حدة إذا استند الحكم على عدة قرائن ؟

إذا استند الحكم إلى عدة قرائن متساندة تكمل بعضها بعضا وتؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها فلا يجوز مناقشة كل قرينة على حده لإثبات عدم كفايتها .

وإذا أقيم الحكم على أكثر من قرينة وحدد فى أسبابه دلالة كل واحدة منها فإذا تبين فساد بعضها فلا يجوز تعييب الحكم متى كانت إحدى القرائن الأخرى صحيحة وتكفى لحمله .

وإذا أقيم الحكم على جملة قرائن مجتمعة دون أن يبين فى أسبابه أثر كل قرينة على حدة فى تكوين عقيدته فإن فساد إحداها يؤددى إلى قصور الحكم .

ولا يشترط أن يبنى القاضى حكمه بوجود الصورية على عدة قرائن بل يكفى أن يكون عقيدته من قرينة واحدة مادام أنها تكفى لحمله وتؤدى إلى ما انتهى إليه بشرط أن تكون قوية ومنتجة فى الإثبات وأن تكون مستمدة من واقعة ثابتة يقينا فلا يتقيد القاضى بعدد القرائن ولا بتطابقها ، إلا أنه يتعين على المحكمة أن تدقق فى بناء حكمها على

قرينة واحدة وأن تحتاط فى ذلك ، كما يتعين على المحكمة الدرجة الثانية أن تعمل سلطتها فى الإشراف على تقدير محكمة أول درجة لهذه القرينة وأن تتحقق من أنها لم تستمد من واقعة محتملة أو غير مقطوع بها أو من واقعة لا وجود لها فعلا كذلك لا يجوز للمحكمة أن تستمد القرينة من واقعة ثابتة إذا كان استخلاصها غير مقبول أو يتعارض مع الثابت فى الأوراق .

(التعليق على قانون الإثبات للأستاذين الدناصورى وعكاز الطبعة الثالثة صفحة ٣٦٥ ، ٣٦٦) .

وإذا قدم الطاعن بالصورية عدة قرائن على وجودها إلا أن الحكم لم يعن بتمحيصها ولم يقم بالرد عليها فإنه يكون مشوبا بالقصور .

إذا استند الحكم فى تدليله على الصورية على أقوال شاهد وقرينة فلا يجوز النعى على القرينة :

إذا استند الحكم فى قضائه بالصورية على أقوال شاهد أو أكثر وأيضًا قرينة أو أكثر فلا يجوز الطعن على الحكم بالنعى على القرائن التى ساقها الحكم مادام أن الطعن لم يتعرض لأقوال الشاهد وكانت شهادته حسبما أوردها الحكم واقتنعت بها المحكمة تكفى وحدها لحمل الحكم .

احكام النقض الصادرة فى تسبيب الصورية وتقدير أدلتها ومناقشة القرائن التى استند إليها الحكم :

١ - لما كان استخلاص الصورية من أدلتها مما تستقل به المحكمة الموضع لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى مادام الاستخلاص سائغا ، وكان من ضمن ما حصله الحكم المطعون فيه وأثبته بمدوناته واستخلص منه صورية عقد البيع الثانى المؤرخ ٢٥ / ٥ / ١٩٦٩ أن الطاعنة تقاعست عن أخطار المشفوع ضدهما بالبيع الذى تدعى صدوره منها بتاريخ ٢٥ / ٤ / ١٩٦٩ حتى يوم ٥ / ٧ / ١٩٦٩ بعد أن قاما بإعلانها هى والبائعين لها بتاريخ ٧ ، ١٢ / ٦ / ١٩٦٩ برغبتهما فى أخذ العقار المبيع بالشفعة وقيامهما بتسجيل هذا الإعلان فى ١٦ / ٦ / ١٩٦٩ وإيداعهما الثمن خزانة المحكمة فى ٢٩ / ٦ / ١٩٦٩ ثم رفعهما الدعوى بعد ذلك

فضلا عن أن الثمن المسمى فى عقد البيع الثانى يربو على ضعف الثمن المسمى فى عقد البيع الأول وبالرغم من أن المدة بين العقدين قصيرة بما يدل على صورية عقد البيع الثانى رغبة من الطاعنة فى الحيلولة بين الشفيعين وبين حقهما فى أخذ العقار بالشفعة وإذ كان من شأن هذه القرائن أن تؤدى إلى ما رتبه الحكم فيها وتكفى لحمل قضائه بصورية عقد البيع الثانى المؤرخ ٢٥ / ٣ / ١٩٦٩ فإن ما تثيره الطاعنة فى هذا المقام لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى تقدير الأدلة .

(نقض ١١ / ٦ / ١٩٧٥ - السنة ٢٦ - ص ١٢٠٤) .

٢ - لما كان الحكم المطعون فيه أقام قضاءه بثبوت أهلية المورث وقت إبرام عقد البيع محل النزاع على قوله (وحيث أن الأصل فى الإنسان البالغ سن الرشد هو كمال أهليته إلى أن يثبت عكس ذلك بدليل يقدمه من يدعى مخالفة هذا الأصل ، لما كان ذلك وكان دليل المستأنف عليها « الطاعنة » فى ثبوت عته البائع للمستأنفة المطعون عليها « هو أقوال شاهديها اللذين استمعت محكمة أول درجة لأقوالهما وقد شهد أولهما ... أنه يقيم فى نفس المنزل الذى كان يقيم فيه المورث وأنه يعلم أنه ظل لمدة ثلاث سنوات سابقة على وفاته فى سنة ١٩٦٩ عديم الإدراك لكبر سنة ومرضه بمرض الشيخوخة وعدم استطاعته قضاء حاجاته الضرورية وشهد الثانى .. بأن المورث ابن عمته كان معتوها بسبب شيخُوخته وضعفه الذى حال بينه وبين القدرة على إدراك تصرفاته مما حدا به إلى تقديم طلبه لتوقيع الحجْر عليه .. ولا تطمئن هذه المحكمة إلى أقوال هذين الشاهدين لما ثبت لها من صحيفة الطعن المعلنة بتاريخ ٢١ / ١٢ / ١٩٧١ - المودعة - حافظة مستندات المستأنفة المقدمة لجلسة ٢٩ ٣ / ١٩٧٧ - من أن المستأنف عليها « الطاعنة » ذكرت فى هذه الصحيفة أن المورث البائع المرحُوم .. كان يعيش بالإسكندرية ولم ينتقل للإقامة بالقاهرة إلا بعد وفاة شقيقه فى ١٨ / ١ / ١٩٦٩ وقد تردد ذلك أيضًا فى أقوال .. فى محضر تحقيق نيابة الأحوال الشخصية الخاص بطلب الحجر .. وهو ما يكذب أقوال الشاهد الأول من أنه كان يقيم من مدة طويلة فى نفس المنزل الذى كان يقيم فيه المورث وأنه شاهد عليه أعراض العته كما يكذب أقوال هذين الشاهدين

أيضا ما أثبته السيد وكيل النيابة فى التحقيق المذكور بتاريخ ١٥ / ٤ / ١٩٦٩ من أن المطلوب الحجر عليه يجيب على الأسئلة بدقة وانتظام ولا تبدو عليه أعراض مرض عقلى أو نفسى فإنه كان هادئا أثناء المناقشة وهو ما تلاحظه هذه المحكمة أيضًا من إجابات المذكور على الأسئلة التى وجهها إليه السيد وكيل النيابة من أنه مدين للضرائب بمبلغ ٢٠٠ جنيها إلى ٣٠٠ جنيها ومحجوز عليه فى البنك .. ومن ذكره ذكرا صحيحا لاسم اليوم والشهر والتاريخ الذى كان ماثلا فيه أمام النيابة ولمقدار ما ورثه أخيه من عقارات وموقعها ومن زواجه بالمستأنفة وتاريخ وسبب هذا الزواج وأنها زوجته الأولى وبيان اسم وكيله الذى وكله فى إدارة شئونه) وكانت هذه الدعامة تكفى لحمل قضائه بالغاء الحكم الابتدائى والحكم بصحة العقد لكمال أهلية البائع فإن ما استطرد إليه الحكم تأييدا لوجهة نظره استنادا إلى ما قضى به فى الدعوى رقم ٥٩٦ لسنة ١٩٦٩ وراثات مصر الجديدة المؤيد بالحكم الصادر فى الاستئناف رقم ٩٨ لسنة ٩٠ ق هو استطراد زائد عن حاجة الدعوى يستقيم الحكم بدونه والخطأ فيه - بفرض صحته - يكون غير منتج ويكون النعى على الحكم المطعون فيه بهذا السبب على غير أساس .

(نقض ١ / ٦ / ١٩٧٨ - سنة ٢٩ العدد الأول ص ١٣٩١) .

٣ - لما كان الحكم المطعون فيه قد استند فيما انتهى إليه من صورية عقد الإيجار إلى عديد من القرائن وإلى ما شهد به شاهد المطعون عليه من أن والد الطاعن يعمل خفيرا للحديقة وأن وكيل الدائنين هو الذى يضع اليد عليها ويتولى بيع ثمارها ولم يضع الطاعن اليد عليها ، وإذ كانت هذه الشهادة تعتبر دعامة تكفى لحمل الحكم ولم تكن محل تعييب من الطاعن فإن النعى على الحكم لاستناده إلى ما ساقه من قرائن أيا كان وجه الرأى فيه يكون نعيا غير منتج ولا جدوى منه .

(نقض ٤ / ٥ / ١٩٧٧ سنة ٢٨ الجزء الأولى ١١٢٥) .

٤ - وحيث أن الطاعنين ينعون بالسبب الرابع على الحكم المطعون فيه القصور ، وفى بيان ذلك يقولون إن محكمة الاستئناف إذ أحالت الدعوى إلى التحقيق فى ٢٧ / ٣ / ١٩٦٥ لإثبات ونفى وضع اليد على

الأرض المبيعة حتى وفاة البائع ، وتقدم الطاعنون بشاهد واحد سرد الحكم المطعون فيه أقواله على أنها تتضمن أن المورث باع لأختيه أمينة وزينب - المشتريتين - ٤٥ قيراطا كان يزرعها معهما حتى توفى وأن هذا الشاهد فسر ذلك بقوله بأن اشتراك المورث معهما فى زراعة الأرض استمر حتى مرض سنة ١٩٥٨ ثم انفردت المشتريتان بزراعتها ، ويقول الطاعنون أن هذا الذى سردته محكمة الاستئناف يؤخذ منه بوضوح أن المورث كان يزرع الأرض بنفسه قبل سنة ١٩٥٨ أى قبل صدور عقد البيع منه لأختيه وأنه لم يضع اليد على الأرض بعد ذلك ، ولكن الحكم المطعون فيه أخذ من هذه الشهادة أن البائع ظل واضعا يده على الأرض المبيعة حتى وفاته وهو منه خطأ فى الإسناد ، هذا إلى أن الحكم المذكور عول فى قضائه على شهادة شاهد المطعون عليهم أمام محكمة الاستئناف فى نفس سداد ثمن المبيع وبثبوت وضع يد المورث على العين المبيعة مع أن محكمة أول درجة كانت قد طرحت شهادة هذا الشاهد وهى بصدد الفصل فى صحة العقد لتناقض شهادته ، ومن ثم لم يكن لمحكمة الاستئناف أن تأخذ بهذه الشهادة .

وحيث أن هذا النعى مردود فى شقه الأول بأن هذا الذى قرره الشاهد - ونقله عن الحكم المطعون فيه - بصدد اشتراك المورث فى زراعة الأرض حتى وفاته مع تخلفه عن ذلك بسبب مرضه سنة ١٩٥٨ لا تناقض فيه ولا ينفى استمرار وضع يد المورث بعد توقفه عن زراعة أرضه ، لأنه لا يوجد ما يحول قانونا من أن تكون الحيازة له دون أن يشترك فى زراعتها بنفسه وإذ أخذ الحكم مما سرده أن المورث ظل واضعا يده على الأرض المبيعة حتى يوم وفاته فإنه لا يكون مخالفا الثابت فى الأوراق ومردود فى شقه الثانى بأن الثابت من الأوراق أن محكمة أول درجة عندما استمعت إلى أقوال شاهد المطعون عليهم كانت بصدد الفصل فى الادعاء بتزوير توقيع المورث ببصمة ختمه على عقد البيع وإذ لم تطمئن إلى شهادته أطرحتها ، فى حين أن محكمة الاستئناف استمعت إلى ذات الشاهد وهى بصدد الفصل فى أمر وضع يد المورث على الأرض المبيعة حتى وفاته ، لما كان ذلك وكانت كل من الواقعتين محل شهادة هذا الشاهد تختلف عن الأخرى ، وكان لمحكمة

الموضوع مطلق الحرية فى تقدير أقوال الشهود وفى الأخذ ببعضها دون البعض الآخر ، فإن النعى فى حقيقته يكون جدلا حول تقدير الدليل وهو ما تستقل به محكمة الموضوع ولا يجوز إثارته أمام محكمة النقض .

(نقض ١١ / ٣ / ١٩٧١ - السنة ٢٢ ص ٢٨٩) .

٥ - إذا اعتد الحكم على جملة قرائن متساندة يكمل بعضها بعضا ويؤدى إلى ما انتهى إليه - فإنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يجوز مناقشة كل قرينة على حدة لإثبات عدم كفايتها فى ذاتها .

(نقض ١٨ / ٤ / ١٩٨٤ طعن رقم ١٥٣٢ لسنة ٤٩ ق ، ونقض ١٣ / ٣ / ١٩٨٤ طعن رقم ٨٣٨ لسنة ٤٩ ق) .

٦ - إقامة الحكم قضاءه فى الموضوع على جملة قرائن متساندة وكان لايبين منه أثر كل قرينة على حدة فى تكوين عقيدته ولا ما كان ينتهى إليه قضاءه لو أنها كانت قد استبعدت إحدى هذه القرائن لعيب شابها فإن مؤدى فساد إحداها أن تتهاوى باقى دعاماته فى حمل قضائه بما يعيبه بالفساد فى الاستدلال .

(نقض ١١ / ٣ / ١٩٨٤ طعن رقم ١١٨ سنة ٥٠ ق) و (نقض ٢٤ / ١ / ٨٥ طعن رقم ٦٤٦ لسنة ٥٢ ق) .

٧ - أذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من الوقائع والأدلة والقرائن التى ساقها أن العقد موضوع الدعوى صورى حرر بين عاقديه بطريق التواطؤ ، وكانت تلك القرائن والأدلة تؤدى عقلا إلى ما انتهى إليه فإن النعى على الحكم فى هذا الخصوص يكون على غير أساس .

وإذا كان الحكم المطعون فيه بعد أن خلص إلى صورية العقد المحرر بين الطاعنين عقب على ذلك بأن هذا العقد صورى وقد زال أثره فإن الطريق ينفسح أمام العقد الصادر للمطعون عليهما الأولى والمحكوم بصحة التوقيع عليه للقيام بالإجراءات المؤدية إلى نقل الملكية فإن هذا الذى قرره الحكم لا يشوبه الخطأ فى القانون .

(نقض ٢٥ / ١٢ / ١٩٥٨ - السنة ٩ ص ٨٠٨) .

٨ - وحيث أن هذا النعى برمته مردود بأن الحكم المطعون فيه قد دلل على نية التجديد وعلى انتفاء صورية سند الدين بقوله « أنه صريح

فيما أثبته من عبارة » وأنه حرر لصالح المطعون عليها فى ٢٠ سبتمبر سنة ١٩٤٨ وهو بذاته تاريخ عقد البيع الصادر إلى الطاعن متضمنا سداد الثمن مما يدل على أن نية الأطراف الثلاثة الطاعن والمطعون عليها وزوجها - قد انصرفت وقت تحرير السند إلى أن يتبدل الدين الموضح بالسند بثمن الأرض المبيعة فى نفس اليوم وبذلك ينقضى الدين القديم وهو ثمن الأرض - ويحل محله السند المحرر للمطعون عليها - وكان من أثر ذلك أن الطاعن لم يعترض عليه أحد فيما ذكره فى دعوى صحة التعاقد من أن الثمن قد دفع فأصبح مالكا للأرض المبيعة دون أى تحفظ ، وإن الادعاء بتحرير الشيك بالقسط الأول من الدين باسم زوج المطعون عليها وإيداع قيمته حسابه مردود ، بالإيصال المؤرخ ٢٧ يناير سنة ١٩٥١ الذى تقرر فيه المطعون عليها أنها استلمت قيمة ذلك الشيك وأعطت عنه إيصالا فى ذيل الإيصال المتقدم . وفى ذلك إقرار من المدين بأن تحرير الشيك باسم أخيه يتضمن دفع قيمته للدائنة وإقرار من الدائنة بأن تحرير الشيك باسم زوجها يتضمن الوفاء لها ويؤيد ذلك التوكيل الصادر للمطعون عليها من زوجها بإيداع المبالغ فى البنوك وسحبها .. وغير ذلك فلا ضير على المطعون عليها أن تعتبر ذلك الشيك وفاء لها بالمبلغ الوارد به بمجرد استلام زوجها له سيما وأن الطاعن يعتبر تحرير هذا الشيك وفاء للقسط الأول من سند الدين الذى أعطت عنة المطعون عليها مخالصة بالبملغ بذيل الإيصال باعتبار أنها هى لا زوجها صاحبة الحق فى الدين والتى تملك وحدها التخالص عن أى جزء منه سواء سلم المبلغ ليدها مباشرة أو بشيك لاسم زوجها وأودع فى حساب لها كل السيطرة عليه ويبين من هذا الذى قرره الحكم أن المحكمة قد استخلصت فى حدود سلطتها الموضوعية أن الوفاء وإن كان قد تم بتسليم الشيك لزوج المطعون عليها إلا أن حقيقته والغاية منه أنه لحساب الزوجة - وليس ثمة تعارض بين ما قرره الحكم من أن الزوج هو الذى استلم الشيك وأودع فى حسابه بالبنك وبين قضائه بانتفاء صورية سند الدين - ما استقاه الحكم مما ذكره الطاعن فى دعوى صحة التعاقد بأنه أدى الثمن فهو مجرد قرينة أضافتها المحكمة إلى القرائن الأخرى التى أوردتها فى معرض التدليل على جدية السند

وحصول استبدال فى الدين - ولا محل للتحدى بحكم المادة ٤٠٨ مدنى التى عرفت الإقرار القضائى لأن ما قرره الطاعن فى صحيفة دعوى صحة التعاقد لم يصدر فى الدعوى الحالية ومن ثم يكون إقرارا غير قضائى فيخضع لتقدير المحكمة - أما التحدى بمخالفة حكم المادة ١٠٥ مدنى فمردود بأن الحكم المطعون فيه أراد أن يدحض شبهة أثارها الطاعن - وهى تحرير الشيك لاسم زوج المطعون عليها فقال أنه لا ضير من هذا طالما أن بيد المطعون عليها توكيلا تستطيع معه أن تحصل على قيمة الشيك الذى تسلمه زوجها وأودعه فى حسابه بالبنك - وقد استنبط الحكم فى صدور التوكيل إلى الزوجة أنها سلطت على مال زوجها فى البنك - أما ما يثيره الطاعن فى خصوص المادة ٢٤٥ مدنى ونفى الحكم للصورية .. إلخ ما جاء فى هذا النعى فمردود بأن عبارة الحكم فى أن السند لم يخف أى غش أو مخالفة للقانون هى تزيد - يستقيم الحكم بدونه - وقد تحدث الحكم عن صورية استبدال الدين فنفاها بالأدلة السائغة التى ساقها ، وليس فى الأوراق ما يدل على أن الطاعن تحدى بالصورية بين المطعون عليها وزوجها بمايستر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت يتأثر به حقه كوارث . وأنه طلب إثبات هذه الصورية بغير الأدلة التى ساقها ، بل كان دفاعه منحصرا فى أن التجديد لم يحصل ، وأن أخاه هو الدائن الحقيقى وأن السند حرر لصالح المطعون عليها تهربا مما قد تسفر عنه نتيجة الحساب بين زوج المطعون عليها وبين أخيه المطعون عليه الثانى - أما ما ينعاه الطاعن على الحكم من افتراضه التجديد ومخالفة حكم المادتين ٣٥٢ ، ٣٥٤ مدنى فمردود بأنه يبين من الحكم أن نية التجديد قد ثبتت لدى المحكمة من استبدال شخص الدائن وتحرير سند صريح بالدين لصالح المطعون عليها فى نفس التاريخ الذى أبرم فيه عقد البيع - ومن أن ما ادعاه الطاعن من صورية هذا التجديد وأن الدائن لم يتغير - هو ادعاء لم يقم عليه دليل - وقد أوردت المحكمة فى سبيل نفى هذا الادعاء قرائن كثيرة تؤدى إلى ما استخلصته من حصول الاستبدال وتوفر نية التجديد بوضوح . لما كان ذلك فلا يجدى الطاعن أن يدحض فى نعيه كل قرينة على حدة لأن الحكم إذا كان مقاما على جملة قرائن يكمل بعضها بعضا

ويؤدى فى مجموعها إلى النتيجة التى انتهى إليها فإنه لا يجوز مناقشة كل قرينة على حدة لإثبات عدم كفايتها . لما كان ذلك وكان الحكم مؤسسا على أسباب سائغة كافية لحمله ، ولا مخالفة فيها للقانون فلا إلزام على محكمة الموضوع فى أن تتبع الخصوم فى كل مناحى دفاعهم أو ترد استقلالا على كل ما يثيره الطاعن من أوجه دفاع ، ومن ثم يتعين رفض الطعن .

(نقض ١٥ / ١١ / ١٩٦٢ – السنة ١٣ العدد الأول – ص ١٠١٢) .

٩ – متى كان الحكم إذ قضى برفض دعوى بطلان البيع الصادر من الطاعن إلى المطعون عليه الأول أقام قضاءه على انتفاء الصورية المطلقة بناء على ما ثبت للمحكمة من أن للعقد المطعون فيه كيانا حقيقيا ، ولم يتعرض لما تمسك به الطاعن من أن الوصف الحقيقى لهذا العقد هو أنه ليس بيعا كظاهر نصوصه ، وإنما هو رهن مستتر للأطيان المبينة فيه تأمينا لما عساه أن يدفعه عنه المطعون عليه الأول مما يفيد أن الطاعن إنما أسس دعواه على الصورية النسبية دون الصورية المطلقة ، فإن هذا الحكم يكون قد أخطأ فى تكييف الدعوى وشابه القصور . (نقض ١١ / ٣ / ١٩٥٤ المكتب الفنى السنة الخامسة ص ٥٩٢) .

١٠ – متى كانت المحكمة إذ قررت أنه لا يجوز لأحد المتعاقدين إثبات صورية العقد الثابت كتابة إلا بالكتابة قد استخلصت فى حدود سلطتها الموضوعية بالأدلة السائغة التى أوردتها انتفاء المانع الأدبى ، فإن هذا الذى قررته صحيح فى القانون . (نقض ٢٤ / ١٢ / ١٩٥٣ المرجع السابق ص ٣١٤) .

١١ – إذا أقام الحكم المطعون فيه قضاءه بصورية العقد على دعامتين مستقلتين أحداهما عن الأخرى ، الأولى شهادة الشهود والثانية القرائن التى ساقها الحكم ، فإنه إذا استقامت الدعامة الأولى وكانت كافية وحدها لحمل الحكم فإن النعى على الدعامة الثانية بالتناقض وفساد الاستدلال يكون غير منتج .

(نقض ٢٨ / ٥ ١٩٦٤ – السنة ١٥ ص ٧٥٠) .

١٢ – إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت فى نطاق سلطتها الموضوعية توافق إرادة ، طرفى العقد على الصورية ودللت على ذلك

بأسباب سائغة من شأنها أن تؤدى إلى ما انتهى إليه ولم تخرج بأقوال الشهود وعما يؤدى إليه مدلولها وكان تقدير أدلة الصورية صريحا يستقل به قاضى الموضوع لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى ، فإنه لا رقابة لمحكمة النقض عليه .

(نقض ٢٨ / ٥ / ١٩٦٤ - السنة ١٥ ص ٧٥٠) .

١٤ - متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى اعتبار عقد الطاعنة صوريا صورية مطلقة فإنه يترتب على ذلك ألا يكون لهذا العقد وجود فى الحقيقة وبالتالى فلم يكن الحكم بحاجة عند إبطال هذا العقد إلى التعرض للمفاضلة بينه وبين عقد المطعون ضدها الأولى لأن هذه المفاضلة لا تكون إلا بين عقود حقيقية ، ومن ثم فإن خطأ الحكم فيما استطرد فيه تزيدا عند إجراء هذه المفاضلة لا يؤثر على سلامة النتيجة التى انتهى إليها .

(نقض ٢٨ / ٥ / ١٩٦٤ السنة ١٥ ص ٧٥٠) .

١٥ - تقدير القرائن مما يستقل به قاضى الموضوع ولا شأن لمحكمة النقض فيما يستنبطه من هذه القرائن متى كان استنباطه سائغا ، وإذ كان لمحكمة الموضوع وهى تباشر سلطتها فى تقدير الأدلة أن تأخذ بنتيجة دون أخرى ولو كانت محتملة متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة كافية لحمله . فإن المجادلة فى تقدير محكمة الموضوع للأدلة بغية الوصول إلى نتيجة أخرى غير التى أخذت بها تلك المحكمة لا تعدو أن تكون مجادلة موضوعية لا تجوز أمام محكمة النقض .

(نقض ٢٤ / ٣ / ١٩٦٦ - السنة ١٧ ص ٦٩٥) .

١٦ - إذا أقام الحكم قضاءه على دعامة صحيحة وكافية لحمل قضائه فلا يعيبه ما يكون قد استطرد إليه فى أسبابه من تقريرات خاطئة لم تكن لازمة لإقامة قضائه وليس من شأنه أن يؤثر فيما قضى به أو خلص إليه ، من نتيجة تتفق والتطبيق الصحيح للقانون على الواقعة الثابتة به .

(نقض ٢٣ / ٤ / ١٩٨٥ طعن رقم ١٦٠١ لسنة ٥١ ق) .

١٧ - تقدير كفاية أدلة الصورية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو مما تستقل به محكمة الموضوع لتعلقه بفهم الواقع فى

الدعوى ، وحسبها أن تبين الحقيقة التى اقتنعت بها وأن تقيم قضاءها على أسباب تكفى لحمله .

(نقض ١٨ / ٤ / ١٩٨٤ طعن رقم ١٥٢٠ لسنة ٤٩ ق) ونقض ٦/٩ سنة ١٩٨٢ طعن رقم ٤٠٤ لسنة ٤٨ ق) .

١٨ - إذا كان الحكم المطعون فيه لم يرفض الدفع بالصورية لمجرد أنه أبدى فقط بالمذكرة الختامية فى فترة حجز الاستئناف للحكم ، وإنما على ما استخلصه من أوراق . الدعوى وما أحاط بها من ظروف وملابسات من أن الطاعن الأول رغبة منه فى التخلص من العقد موضوع الدعوى استعان بزوجته الطاعنة الثانية متواطئا معها بأن حرر لها عقد بيع منه عن ذات الحصة ووقع لها عقد صلح فى دعواها بصحة هذا العقد وكان تدخلها فى الدعوى الماثلة انضماميا له وبواسطة وكيله وهو الذى ناب عنهما معا فى الدفاع وفى إقامة الاستئناف وظل لا يوجه ثمة مطعن على عقد شراء المطعون ضده طوال مراحل نظر الدعوى أمام محكمتى أول وثانى درجة إلى أن حجز الاستئناف للحكم فقدم مذكرة دفع فيها لأول مرة بصورية هذا العقد ، واستدل من هذه القرائن مجتمعة على عدم صحة هذا الدفاع وهو استخلاص سائغ يكفى لحمل قضائه برفض الادعاء بالصورية ، فإن النعى عليه بالقصور يكون غير صحيح .

(نقض ٢٦ / ١ / ١٩٨٤ طعن رقم ٦٧٣ لسنة ٤٩ ق ، نقض ١٣ / ٥ / ٤٨ مجموعة الـ ٢٥ سنة جزء ٢ ص ٢٢ ، ٣٧) .

١٩ - إقامة الحكم قضاءه على مجموعة من القرائن يكمل بعضها بعضا لا يعيبه عدم كفاية كل قرينة على حدة .

(نقض ١٠ / ٢ / ١٩٨٥ طعن رقم ١٦٨١ سنة ٥١ ق) .

٢٠ - لما كان الحكم المطعون فيه قد استند فيما انتهى إليه من صورية عقد الإيجار إلى عديد من القرائن وإلى ما شهد به شاهدا المطعون عليه من أن والد الطاعن يعمل خفيرا للحديقة وأن وكيل الدائنين هو الذى يضع يده عليها ويتولى بيع ثمارها ولم يضع الطاعن اليد عليها ، وإذ كانت هذه الشهادة تعتبر دعامة تكفى لحمل الحكم ولم تكن محل تعييب من الطاعن فإن النعى على الحكم لاستناده إلى ما ساقه من

قرائن أيا كان وجه الرأى فيه يكون نعيا غير منتج ولا جدوى منه .
(نقض ٤ / ٥ / ١٩٧٧ سنة ٢٨ الجزء الأول ص ١١٢٥) .
٢١ – من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا أقيم الحكم على دعامتين وكانت احداهما تكفى لحمله ، فأن تعييبه فى الدعامة الأخرى التى يصح أن يقوم بدونها يكون نعيا غير منتج .
(نقض ٦ / ٦ / ١٩٨٠ طعن رقم ١٤٧١ لسنة ٥١ ق ، نقض ١٨ / ٤ / ١٩٨٥ ، الطعن رقم ١٧٦٢ لسنة ٥١ ق) .
٢٢ – استخلاص الصورية من أدلتها – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو ما تستقل به محكمة الموضوع لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى وحسبها أن تبين الحقيقة التى اقتنعت بها وأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة كافية لحمله .
(نقض ٨ / ٥ / ١٩٨٥ طعن رقم ٢٥١ لسنة ٥٢ ق ، نقض ١٠ / ٤ / ١٩٨٥ ، طعن رقم ١١٨١ لسنة ٥١ ق) .
٢٣ – الحكم يكون معيبا إذا بنى على واقعة استخلصها من مصدر لا وجود له أو موجود ولكنه مناقض لما أثبت به ، أو غير مناقض ولكن من المستحيل عقلا استخلاص تلك الواقعة منه .
(نقض ٢١ / ٥ / ١٩٨٥ طعن رقم ٥٥٠ لسنة ٥٢ ق)
٢٤ – الطعن بالصورية . عدم جواز تعويل الحكم فى قضائه على نصوص المحرر المطعون عليه . استدلاله بعدم صورية التصرف إلى ما ورد بنصوص العقد ذاته ملتفتا عن طلب الإحالة إلى التحقيق . فساد فى الاستدلال وإخلال بحق الدفاع .
(نقض ٢٧ ١ / ١٩٨٣ طعن رقم ٩٤٧ لسنة ٤٨ ق)
٢٥ – من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا أقام الحكم قضاءه على قرائن متساندة دون أن يبين أثر كل منها فى تكوين عقيدة المحكمة فإن فساد إحداها يؤدى بالدليل المستمد من تساندها وإذ كانت الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة الموضوع بدرجتيها بأن مورثها والمطعون ضدهم اشترى الأعيان موضوع الدعوى لنفسه مستخدما أولاده المطعون ضدهم أسماء مستعارة وأن ذلك ينطوى فى ذات الوقت على الإيصاء لهم بتلك الأعيان حين وفاته وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه

قد استدل على صحة الصورية المدعى بها بقرائن متساندة من بينها أن التسجيل وترخيص البناء وتكليف المبانى والاقتراض بضمانها قد تم جميعه بأسماء المطعون ضدهم ، لما كان ذلك وكانت تلك الأمور لا تؤدى إلى ما استخلصه منها الحكم من انتفاء الصورية إذ هى من مستلزمات إخفاء التصرف المراد ستره ، فإن استدلال الحكم بها يعيبه ، بالفساد فى الاستدلال بما ينهار معه الدليل المستمد منها ومن باقى القرائن التى أوردها .

(نقض ٣١ / ٥ / ١٩٨٥ - طعن رقم ١٣٠ لسنة ٥٠ ق ، نقض ٢٨ / ٢ / ١٩٧٥ سنة ٢٦ ص ٨٣٥) .

٢٦ - من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الشفعة لا تجوز إلا إذا كان الشفيع مالكا للعقار الذى يشفع فيه وقت قيام سبب الشفعة ، أى وقت بيع العقار الذى يشفع فيه وبأن تقدير قيام التحايل لإسقاط حق الشفعة وهو من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع .

(نقض ١٩ / ٣ / ١٩٨٥ - طعن رقم ٨٧١ لسنة ٥١ ق ، نقض ١٨ / ١ / ٩٨٤ طعن رقم ٩٥٠ لسنة ٥٠ ق ، نقض ٢٠ / ١٢ / ١٩٨١ - طعن رقم ٩٣٦ لسنة ٤٨ ق) .

٢٧ - من المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أنه إذا اقيم الحكم على عدة قرائن مجتمعة بحيث لا يبين آثر كل منها على حدة فى تكوين عقيدة المحكمة ولا ماكان ينتهى إليه قضاؤها لو أنها استبعدت إحدى هذه القرائن لعيب شابها فإن ثبوت فساد إحداها ينهار به الدليل المستمد من تلك القرائن .

(نقض ٢٤ / ١ / ١٩٨٥ طعن رقم ٦٤٦ لسنة ٥٢ ق . نقض ٢٦ / ٤ / ١٩٨٠ سنة ٣١ ص ١٢٤٣) .

٢٨ - انتقال ملكية العقار بالتسجيل ولو تم بالتواطؤ بين مشتر وبائع لا يشوب ملكيته عيب . القضاء ببطلان عقد البيع وتسجيل صحيفة الدعوى للتواطؤ دون تقرير صورية العقد . خطأ وقصور .

(نقض ٣٠ / ١١ / ١٩٨٣ طعن رقم ١٧٨٣ لسنة ٤٩ ق) .

٢٩ - من المقرر فى قضاء هذه المحكمة . أن للغير أن يثبت الصورية بجميع طرق الإثبات ومنها القرائن وتقدير القرائن من الأمور الموضوعية التى لا رقابة لمحكمة النقض عليها متى كان هذا التقدير سائغا ، ولا تعارض فيما بين أن يكون المشترى فى حالة تمكنه من دفع الثمن وأن يكون الشراء الحاصل من المشترى صوريا إذ لا تلازم بين حالة الإعسار وصورية العقد .

(نقض ٢٣ / ٦ / ١٩٨٥ طعن رقم ٩٧٩ لسنة ٥٢ ق) .

٣٠ - لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن تقدير كفاية أدلة الصورية هو مما تستقل به محكمة الموضوع لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى وكان تقدير القرائن هو مما يستقل به قاضى الموضوع ولا شأن لمحكمة النقض فيما يستنبطه منها متى كان إستنباطه سائغا ، وكان يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه دلل على الصورية بأدلة سائغة مستمدة من أوراق الدعوى ومن شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها . لما كان ذلك فإن ما يثيره الطاعن من أسباب النعى لا يعدو أن يكون مجادلة فى تقدير الدليل مما لا رقابة لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فيه . ولما تقدم فإن الطعن يكون قد أقيم على غير الأسباب الواردة بالمادتين ٢٤٨ ، ٢٤٩ مرافعات وبالتالى تأمر المحكمة فى غرفة مشورة بعدم قبوله عملا بالمادة ٢٦٣ مرافعات .

(نقض ٢٤ / ٢ / ١٩٨٢ - طعن رقم ٢٤١ لسنة ٤٧ ق) .

٣١ - لمحكمة الموضوع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - السلطة التامة فى بحث صورية الورقة التى تقدم فى الدعوى فلها أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله . لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بجدية عقد البيع المسجل المبرم بين المطعون عليه الأول والمطعون عليهما الثانى والثالث على ما خلصت إليه محكمة الموضوع فى حدود سلطتها التقديرية من أن « احتجاج المدعية (الطاعنة) بتواطؤ المدعى عليه (المطعون عليه الأول) والمتدخلين المطعون عليهما الثانى والثالث على الإضرار بها يقوم على الادعاء بعلم المتدخلين بوقوع البيع إليها من قبل وأية ذلك أن أحدهما ابن مستأجر المبيع .. هو احتجاج لا تقوم به حجية ..

واحتجاج المدعية بصورية البيع .. يقوم على ضالة الثمن ، مع أن الثمن يفوق الثمن المتفق عليه فيما بينها وبين البائع ، وهى أسباب تكفى لحمل قضاء الحكم المطعون فيه فى شأن جدية عقد البيع المسجل أنف الذكر ، وتحمل الرد على ما تسوقه الطاعنة من دفاع فى هذا الخصوص لما كان ما تقدم فإن النعى بالإخلال بحق الطاعنة فى الدفاع يكون فى غير محله .

(نقض ١٦ / ١١ / ١٩٨٣ الطعن ٥٢٩ لسنة ٥٠ ق) .

٣٢ - إذ كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الحكم إذا ساق قرائن معيبة ضمن قرائن أخرى استدل بها على سوء النية وكان لا يبين من الحكم أثر كل واحدة من هذه القرائن فى تكوين عقيدة المحكمة فإنه يكون مشوبا بالفساد فى الاستدلال ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد ساق للتدليل على سوء نية الطاعنين قرائن منها أن المطعون ضدهم أنذروا الطاعنين - فور بنائهم فى جزء من أرضهم - وكان الثابت بهذا الإنذار أنه أعلن للطاعنين بعد أن اكتمل إقامة الدور الأول من البناء وشرعوا فى إقامة الدور الثانى بما لا يمكن أن يدل على سوء نيتهم وقت البناء ، فإن الحكم وقد ساق هذه القرينة المعيبة ضمن قرائن اخرى متساندة استدل بها مجتمعة على سوء نية الطاعنين بما لا يبين منه أثر كل واحدة منها فى تكوين عقيدة المحكمة يكون مشوبا بالفساد فى الاستدلال .

(نقض ١٦ / ١٢ / ١٩٨٢ طعن رقم ٨٨ لسنة ٥٢ ق) .

يتعين أن تتضمن أسباب الحكم الرد الكافى على الطعن بالصورية :

إذا دفع الخصم بصورية العقد سواء كان الدفع بالصورية المطلقة أو النسبية وكان هذا الدفع فى حالة صحته منتجا فى الدعوى بمعنى انه لو صح لتغير به وجه الحكم فى الدعوى فإنه يتعين عُلى المحكمة أن ترد فى أسبابها على هذا الدفع بأسباب سائغة فإن أغفلت الرد عليه كان حكمها مشوبا بالقصور ، أما إذا كان الطعن بالصورية غير منتج فى الدعوى كما إذا طعن الوارث على عقد البيع أنه يخفى وصية إلا أنه أقر فى الوقت نفسه أن قيمة العين المبيعة أقل من ثلث التركةالتى خلفها المورث فهذا الطعن غير منتج ولا يعيب الحكم إغفاله الرد عليه .

وإذا أقام المدعى دعوى يطالب فيها المدعى عليه بمبلغ معين تسلمه منه على سبيل الوكاله المجانية لتوصيله لآخر فدفع المدعى عليه بصورية هذا العقد استنادا ألى أن العقد فى حقيقته عقد قرض وليس عقد وكالة فإن هذا الطعن غير منتج فى الدعوى ، لأن المدعى عليه ملزم بسداد المبلغ فى الحالين سواء كان عقد قرض أم عقد وكالة مجانية ولا يحاج هذا الرأى بالقول بأن إلزام المدعى عليه بالمبلغ استنادا إلى الوكالة المجانية يؤثر على مسئوليته الجنائية ذلك أن من المقرر أن الحكم المدنى ليست له حجيته أمام القضاء الجنائى ولا يتقيد به .

ويتعين على المحكمة الرد على هذا الدفع بالصورية سواء أبدى شفاهة بالجلسة أو ورد فى مذكرة قدمت إليها .

أحكام النقض :

١ - إذا كانت محكمة الموضوع قد أثبتت فى حكمها أن البيع كان متفقا على حصوله بين البائع والمشرى ، ثم قضت بعد ذلك بصورية عقد البيع على أساس أنه كان لمناسبة معينة ولغرض خاص ، فإن قضاءها يكون خاطئا إذ أن ما أثبتته يفيد جدية البيع من حيث هو ولا يتفق مع القول بصوريته لأن الصورية تقتضى أن يكون العقد لا وجود له فى حقيقة الواقع .

(نقض ٢٦ / ٣ / ١٩٤٢ مجموعة النقض فى ٢٥ سنة ص ٧٦٢ قاعدة ٤٠) .

٢ - إذا كان الدفاع بالصورية مما لو صح لتغير به وجه الحكم فى الدعوى ، وكان الثابت أن صاحب هذا الدفاع قد طلب إلى محكمة الاستئناف فى مذكرة قدمها إليه إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات الصورية التى يدعيها ، وكان الحكم قد جاء خلوا من إيراد هذا الطلب ومن الرد عليه ، فإنه يكون قد عاره بطلان جوهرى .

(جلسة ٢٥ / ١٢ / ١٩٤٧ طعن رقم ٩٩ لسنة ١٦ ق مجموعة ٢٥ سنة قاعدة ٦٥ صفحة ٧٦٥) .

٣ - متى كانت المحكمة - بناء على الأسباب السائغة التى أوردتها - قد رأت فيما قاله الطاعن من أن البائعة كانت مريضة مرض

الموت عند تحرير عقد البيع ادعاء غير جدى ، فإنه يكون غير منتج الطعن بالصورية فى تاريخ عقد البيع ، وطلب تحقيق هذه الصورية وكذلك النعى بالخطأ فى الإسناد على قول المحكمة بأن التاريخ المذكور غير متنازع فيه ، ذلك أن المقصود بصورية التاريخ فى هذا المقام أن يوضع على العقد تاريخ غير صحيح يكون سابقا على تاريخه الحقيقى لإخفاء أنه حرر فى مرض الموت وهو ما رأت المحكمة عدم جدية الادعاء به .

(نقض ٢٧ / ١١ / ١٩٥٢ - مجموعة ٢٥ سنة - قاعدة ٥١ ص ٧٦٣) .

٤ - إذا كان يبين من الحكم المطعون فيه ومن المذكرة المقدمة من الطاعن إلى محكمة الاستئناف أنه تمسك أمام تلك المحكمة بصورية عقد البيع الصادر من والدته إلى باقى أولادها - صورية مطلقة ودلل على ذلك بعدة قرائن منها أن العقد تضمن أن نصيب الذكر ضعف نصيب الأنثى - وهو ما يطابق أحكام الشريعة الإسلامية فى الميراث - وأن المتصرف إليهم لا يستطيعون أداء الثمن وأن العقد لم يظهر إلى حيز الوجود إلا بعد وفاة المتصرفة كما طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت هذه الصورية بالبينة على أساس أن رابطة الأمومة التى تربط المتصرفة بأولادها المتصرف إليهم والظروف التى تم فيها هذا التصرف ، تعتبر مانعا أدبيا من الحصول على دليل كتابى . وكان الحكم المطعون فيه قد أغفل بحث هذا الدفاع الجوهرى والرد عليه فإن يكون مشوبا بالقصور مما يستوجب نقضه .

(نقض ٩ / ١ / ١٩٧٣ - السنة ٢٤ ص ٤٦) .

٥ - وحيث أن هذا النعى فى وجهه الثانى فى محله ذلك أنه لما كانت المادة ٢٧ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن الشركات المساهمة تشترط ملكية عضو مجلس الإدارة عددا من أسهمُ الشركة لا تقل قيمته عن ألف جنيه وذلك حتى تكون له مصلحة جدية فى رعاية أموال الشركة وتوجب عليه إيداعها أحد البنوك ضمانا لإدارته وتغطية لمسئوليته عن أعماله طوال مدة عضويته مجلس الإدارة وتقضى ببطلان أوراق الضد التى تصدر بالمخالفة لأحكامها وكان هذا البطلان مقرر لمصلحة الشركة صاحبة الضمان حماية لها فلا يجوز للغير أن يحتج فى مواجهتها بأنه

المالك لأسهم الضمان دون عضو مجلس الإدارة الذى قدمها وتأكيدا ، لهذا المعنى وهدف المشرع فى تحقيق الضمان للشركة نص على عدم قابلية أسهم الضمان للتداول طوال مدة عضوية مقدمها لمجلس الإدارة إلا أن القول بعدم جواز الاحتجاج على الشركة صاحبة الضمان بأوراق الضد أو التصرفات التى يجريها عضو مجلس الإدارة بالمخالفة لأحكام المادة ٢٧ المشار إليها لا يحول دون خضوع تلك التصرفات بين أطرافها للقواعد العامة ، ولما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن كل طلب أو وجه دفاع يدلى به لدى محكمة الموضوع ويطلب إليها بطريق الجزم أن تفصل فيه ويكون الفصل فيه مما يجوز أن يترتب عليه تغيير وجه الرأى فى الحكم يجب على محكمة الموضوع أن تجيب عليه بأسباب خاصة وإلا اعتبر حكمها خاليا من الأسباب متعينا نقضه وكانت وجوه النزاع الناشئة عن عقد إذا تعددت فى دعوى وكان لكل وجه منها حكم خاص فى ذلك العقد وأقامت المحكمة قضاءها برفض الدعوى استنادا إلى رفض أحد هذه الأوجه دون أن تقول كلمتها فيما عداه فإن حكمها يكون مشوبا ، بالقصور المبطل ، لما كان ذلك وكان الثابت من الاطلاع على مذكرة الطاعن المقدمة أمام محكمة الاستئناف والذى قدم الطاعن صورة رسمية لها أنه دفع ببطلان الإقرار المؤرخ فى ... سند المطعون ضدها فى دعواها باعتباره ورقة ضد وفقا لأحكام المادة ٢٧ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ كما تمسك فيها بصورية التصرف الصادر إليه ببيع الأسهم صورية مطلقة وأكد أن الشركة المطعون ضدها – البائعة – ظلت هى المالكة دائما للأسهم لم تخرج عن ملكيتها وأن هذا التصرف إنما تم لتغطية عضويته لمجلس إدارة الشركة الشرقية لتجارة الأقطان ودلل على هذا الدفاع بما ورد بالإقرار المقدم من أن موضوعه ٢٥٠ سهما قيمتها ١٠٠٠ جنيه هى الحد الأدنى لأسهم الضمان التى يتطلبها القانون وما جاء به من التزام الطاعن رد الأسهم عند انتهاء عضويته بمجلس الإدارة بذات قيمتها بما يتضمن عدم حصوله على أى فرق فى الثمن فى حالة ارتفاع ثمن الأسهم وتوقيت الرد بانتهاء عضوية الطاعن بمجلس الإدارة وإقرار المطعون ضدها عن سبب الالتزام بأنه لتغطية عضوية الطاعن بمجلس الإدارة ، نائبا عنها وسكوت المطعون ضدها على

المطالبة بالدين قرابة عشر سنوات منذ تاريخ تحرير الإقرار فى ... حتى رفع الدعوى فى ... مما يقطع بصورية التصرف وإذا أقام الحكم المطعون فيه قضاءه على ما ورده بأسبابه من (أن المقصود بورقة الضد التى تبطل هى الورقة التى يقر بها عضو مجلس الإدارة لآخر بملكية هذا الأخير للأسهم محل الضمان دونه فلا يسرى هذا فى حق الشركة صاحبة الضمان أما فى علاقة عضو مجلس الإدارة بالغير فإن البطلان لا يعتد به ويسرى فى حقها ما اتفق عليه بينهما ومع ذلك فالأمر فى هذه الدعوى لا يتعلق بحق الشركة الشرقية للأقطان فى التمسك ببطلان ورقة ضد يقر فيها المستأنف (الطاعن) بأنه لا يملك الأسهم المودعة ضمانا لها وإنما يتعلق بأن المستأنف قد اشترى الأسهم فعلا من شركة فرغلى للأقطان المندمجة فى الشركة المستأنف عليها (المطعون ضدها) فى مقابل ألف جنيه استأجلته البائعة فى ذمته لحين انتهاء عضويته بالشركة الشرقية للتجارة والأقطان فهو بالخيار عند حلول الأجل فى دفع الثمن وهو مبلغ ١٠٠٠ جنيه وإعادة بيع الأسهم لها بذات الثمن وهذا الابتغاء مع ملكيته للأسهم فعلا بل إن مطالبة الشركة المستأنف عليها للمستأنف بمبلغ ١٠٠٠ جنيه إنما يؤكد انتقال ملكية الأسهم إليه وبالتالى يلزمه ذلك بدفع ثمنها خاصة وأنه لم يقم بإعادة بيع الأسهم لشركة فرغلى حسبما وعد فى إقراره فهى لا تزال دائنة له بالمبلغ المطالب به) وكان هذا الذى أورده الحكم المطعون فيه وأقام عليه قضاءه وإن كان قد تضمن صحة الإقرار المقدم ورفض الدفع ببطلانه إلا أن الحكم لم يعرض لما تمسك به الطاعن من الدفع بصورية التصرف محل النزاع صورية مطلقة ولم يمحص القرائن التى ساقها الطاعن تدليلا على صحة هذا الدفاع وإذ كان الفصل فى هذا الدفاع مما قد يترتب عليه تغيير وجه الرأى فى الحكم مما كان يوجب على المحكمة أن تفصل فيه بأسباب خاصة وهى إذ لم تفعل مستندة إلى ما أوردته بشأن الدفع الأول ببطلان الإقرار سند الدعوى فإن قضاءها فيها يتعلق بهذا الوجه يكون مشوبا بالقصور بما يوجب نقضه لهذا السبب دون ما حاجة لبحث باقى أسباب الطعن .

(نقض جلسة ١٦ / ١ / ١٩٧٨ – السنة ٢٩ ص ٢٠٨) .

٦ - لما كان الحكم المطعون فيه قد إستند فيما انتهى إليه من صورية عقد الإيجار إلى عديد من القرائن وإلى ما شهد به المطعون عليه من أن والد الطاعن يعمل خفيرا للحديقة وأن وكيل الدائنين هو الذى يضع اليد عليها ويتولى بيع ثمارها ولم يضع الطاعن اليد عليها وإذ كانت هذه الشهادة تعتبر دعامة تكفى لحمل الحكم ولم تكن محل تعييب من الطاعن فإن النعى على الحكم لاستناده إلى ما ساقه من قرائن أيا كان وجه الرأى فيه يكون نعية غير منتج ولا جدوى منه .

(نقض ٤ / ٥ / ١٩٧٧ سنة ٢٨ الجزء الأول ص ١١٢٥) .

٧ - من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن كل طلب أو وجه دفاع يدلى به لدى محكمة الموضوع ويطالب إليها بطريق الجزم أن تفصل فيه ويكون الفصل فيه مما يجوز أن يترتب عليه تغيير وجه الرأى فى الحكم . يجب على محكمة الموضوع أن تجيب عليه بأسباب وإلا اعتبر حكمها خاليا من الأسباب متعينا نقضه ، وكانت وجوه النزاع الناشئة عن عقد إذا تعددت فى دعوى وكان لكل منها حكم خاص فى ذلك العقد وأقامت المحكمة قضاءها برفض الدعوى استنادا إلى رفض أحد هذه الأوجه دون أن تقول كلمتها فيما عداه ، فإن حكمها يكون مشوبا بالقصور المبطل ، لما كان ذلك وكان الذى أورده الحكم المطعون فيه وأقام عليه قضاءه وإن كان قد تضمن صحة الإقرار المقدم ورفض الدفع ببطلانه إلا أن الحكم لم يعرض لما لم تمسك به الطاعن من الدفع بصورية التصرف محل النزاع صورية مطلقة ولم يمحص القرائن التى ساقها الطاعن تدليلا على صحة هذا الدفاع ، وإذ كان الفصل فى هذا الدفاع مما قد يترتب عليه تغيير وجه الرأى فى الحكم ، مما كان يوجب على المحكمة أن تفصل فيه بأسباب خاصة وهى إذ لم تفعل مستندة إلى ما أوردته بشأن الدفع الأول ببطلان الإقرار سند الدعوى فإن قضاءها فيما يتعلق بهذا الوجه يكون مشوبا بالقصور .

(نقض ١٦ / ١ / ١٩٧٨ - السنة ٢٩ ص ٢٠٩) .

٨ - يتعين على المحكمة عند دفع الشفيع بصورية البيع الثانى أن تفصل فى الدفع بالصورية إذ يتوقف سير دعوى الشفعة على ثبوت الصورية وبصدور حكم لصالح الشفيع بصورية عقد المشترى الثانى

يصح طلب إجراءات الشفعة فى البيع الأول .

(نقض ٢٦ / ٦ / ١٩٨٤ - طعن رقم ١٨١٢ لسنة ٥٣ ق)

٨ - حجب الحكم المطعون فيه نفسه - عن التصدى لبحث الدفع المبدى من المطعون ضده الأول بصورية البيع الثانى - والرد عليه - وهو دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى مما يعيبه ويشوبه بالقصور المبطل .

(نقض ١٢ / ٢ / ١٩٨٥ - طعن رقم ٨٦٤ لسنة ٥١ ق ، ونقض ٤ / ٤ / ١٩٧٩ سنة ٣٠ العدد ٢ ص ١٦) .

١٠ - وحيث أن الطاعنة تنعى على الحكم المطعون فيه بالقصور فى التسبيب ، ذلك أن الطاعنة تمسكت فى دفاعها أمام محكمة الاستئناف بأنه يتعين أن يضاف إلى عناصر التركة أطيان مساحتها ١٩س / ١٤ ط / ٣ ف كائنة ناحية كفر أبو متنا مركز ديرب نجم مع انه كان يجب ادخال هذا القدر ضمن عناصر التركة لأن المورث تصرف فيها إلى ابنه حبيب خلال فترة الريبة غير أن الحكم المطعون فيه لم يرد على هذا الدفاع الجوهرى مما يعيبه بالقصور .

وحيث أن هذا النعى صحيح ذلك أنه لما كان الثابت من صحيفة الاستئناف أن الطاعنة تمسكت فى دفاعها بأن محكمة أول درجة استبعدت من تركة المورث الأطيان البالغ مساحتها ١٩ س / ١٤ ط / ٣ ف بناحية كفر أبو متنا مركز ديرب نجم مع أنه كان يجب إدخال هذا القدر ضمن عناصر التركة لأن المورث تصرف فيه إلى ابنه حبيب بعقد سجل فى ٦ / ٢ / ٥١ خلال فترة الريبة المنصوص عليها فى المادة الرابعة من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ قبل تعديلها بالقانون رقم ٢١٧ لسنة ١٩٥١ وكان الحكم المطعون فيه قد أغفل الرد على هذا الدفاع الجوهرى فإنه يكون قد شابه قصور يبطله بما يستوجب نقضه فى هذا الخصوص) .

(نقض ٢١ / ٦ / ١٩٧٢ سنة ٢٣ ص ١١٤٢) .

١١ - عجز المتصرف إليه عن دفع الثمن المسمى فى عقد البيع لا ينهض بذاته دليلا على أن العقد يخفى وصية إذ لا يتعارض ذلك مع تنجيز التصرف واعتباره صحيحا سواء كان العقد فى حقيقته بيعا

أو هبة مستترة فى عقد بيع استوفى شكله القانونى .

(نقض ١٠ / ٤ / ١٩٨٥ - طعن ٣٠٠ لسنة ٥٠ ق) .

١٢ - وحيث أن هذا النعى فى محله ، ذلك لأنه وإن كان ضم دعويين تختلفان سببا وموضوعا تسهيلا للإجراءات لا يترتب عليه إدماج إحداهما فى الأخرى بحيث تفقد كل منهما استقلالها . إلا أن الأمر يختلف إذا كان موضوع الطلب فى إحدى القضيتين المضمومتين هو بذاته موضوع الطلب فى القضية الأخرى . إذ كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن ، المطعون عليها الأولى أقامت الدعوى رقم ٣٨٣ لسنة ١٩٧٠ مدنى كلى الفيوم ضد الطاعن وباقى المطعون عليهم وآخرين بطلب عدم نفاذ عقد البيع المؤرخ ١٠ / ٧ / ١٩٥٦ الصادر لصالح الطاعن وآخرين والمسجل فى ٨ / ٤ / ١٩٧٠ فى حقها استنادا إلى أن العقار موضوع هذا العقد قد رسا مزاده عليها بحكم نهائى وكانت الدعوى المذكورة لا تعدو أن تكون دفاعا فى الدعوى رقم ١١٦ لسنة ١٩٦٩ مدنى كلى الفيوم التى أقامها الطاعن وآخر ضد المطعون عليهم بعد أن تدخلت فيها المطعون عليها الأولى ، وهى الدعوى الأصلية بتثبيت الملكية للعقار موضوع الدعوى وكانت محكمة أول درجة قد قررت ضم الدعويين مما ينبنى عليه أن تندمج دعوى عدم نفاذ عقد البيع المؤرخ فى ١٠ / ٧ / ١٩٥٧ فى دعوى تثبيت الملكية وينتفى معه القول باستقلال كل منهما عن الأخرى ، فإن استئناف الحكم الصادر فى إحداهما يكون شاملا الحكم الصادر فى الدعوى الأخرى . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وذهب إلى أن الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٣٨٢ لسنة ١٩٧٠ مدنى كلى الفيوم قد أصبح انتهائيا حائزا لقوة الشئ المقضى بعدم استئناف الطاعن له مما أدى به إلى حجب نفسه عن التصدى لدفاع الطاعن بصورية إجراءات نزع الملكية واختلاف العقار موضوع عقد البيع عن العقار موضوع حكم مرسى المزاد ، وكان هذا الدفاع جوهريا مما يتغير به وجه الرأى فى الدعوى إذ أن الصورية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - كما ترد على العقود ترد على الأحكام وبخاصة رسو المزاد التى لا تتعدى مهمة القاضى فيها مجرد مراقبة استيفاء الإجراءات الشكلية ثم إيقاع البيع لمن يظهر أن المزاد

رسا عليه ، فإن الحكم المطعون فيه يكون أخطأ فى تطبيق القانون وشابه قصور بما يستوجب نقضه (نقض ٦ / ١١ / ١٩٨٠ سنة ٣١ الجزء الثانى ص ١٨٩٩) .

١٣ - لما كان يبين من الحكم الابتدائى الذى أيده الحكم المطعون فيه وأحال إلى أسبابه ، أنه رد على دفاع الطاعن بصورية المخالصة التى قدمها المطعون عليه بقوله " الواقع فى الدعوى أن المدعى عليه الأول « المطعون عليه » حين أعلن بحوالة الحقوق موضوع سندات الدعوى للمدعى - الطاعن - كان قد أوفى ومن قبل بقيمة السندات للمدعى عليه الثانى بموجب تعاقد تاريخه ٢٨ / ١١ / ١٩٥٧ - وثابت التاريخ فى ٣ / ٢ / ١٩٥٨ وموقع عليه من المدعى عليه الثانى ، وقد أقر فيه بقبض قيمة السندات وتخالصه مع المدعى عليه الأول عنها واعتبار هذه السندات لاغية ، وكان هذا التعاقد كما تقدم سابقا على إعلان المدعى عليه الأول بحوالة الحقوق موضوع السندات للمدعى وذلك فى ١٨ / ٨ / ١٩٥٨ ومن ثم حق للمدعى عليه الأول أن يتمسك بانقضاء الدين موضوع المسندات وفضلا عن ذلك فإنه ليس ثمة دليل على أن تواطؤا قد وقع بين المدعى عليه الأول والثانى ، بل إن المدعى عليه الأول حين أقدم على التخالص مع المدعى عليه الثانى كان حسن النية معتقدا أن السندات موضوع الدعوى الحالية قد أصبحت لاغية بنص التعاقد المحرر فى هذا الخصوص والمشار إليه فيما تقدم وأضاف الحكم المطعون فيه ردا على دفاع الطاعن فى هذا الخصوص قوله .. لا محل للقول من جانب المستأنف (الطاعن) أنه كان يتعين على المحال عليه أى المدين الأصلى أن يمتنع عن الإضرار بحق المحال إليه حيث لا يعرف هذا الأخير طالما أنه لم يعلن به أو يقبل حوالته ولما كان بحث صورية الورقة التى تقدم فى الدعوى هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مما تختص به محكمة الموضوع فلها بموجب هذه السلطة أن تعرض لها وتستنتج جديتها أو صوريتها من قرائن الدعوى دون رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض متى كان استخلاص محكمة الموضوع سائغا ، وإذ تضمن الحكمان الابتدائى والمطعون فيه على النحو السالف بيانه الأسباب السائغة فى نفى صورية المخالصة التى تمسك بها المطعون

ضده وكانت هذه الأسباب تحمل الرد على ما يسوقه الطاعن فى دفاع بهذا الشأن ، فإن النعى على الحكم بالقصور فى هذا الخصوص يكون على غير أساس .

(نقض ١٧/٦/١٩٦٩ - السنة ٢٠ ص ٩٨٨) .

١٤ - وحيث أن هذا النعى صحيح ذلك أنه لما كان المدين - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يعتبر ممثلا لدائنة العادى فى الخصومات التى يكون المدين طرفا فيها فيفيد الدائن من الحكم الصادر فيها لمصلحة مدينه كما يعتبر الحكم على المدين حجة على دائنه فى حدود ما يتأثر به حق الضمان العام المقرر للدائن على أموال مدينه ، وللدائن ولو لم يكن طرفا فى الخصومة بنفسه أن يطعن فى الحكم الصادر فيها بطريق الطعن العادى ، وغير العادى وكان السبيل لبحث أسباب العوار التى قد تلحق بالأحكام هو الطعن عليها بطرق الطعن التى حددها القانون على سبيل الحصر ، فإذا كان الطعن عليها غير جائز أو كان قد استغلق فلا سبيل لإهدارها بدعوى بصلان أصلية لمساس ذلك بحجيتها إلا إذا تجردت هذه الأحكام من أركانها الأساسية ، وكان الطعن بالصورية لا يجرد الحكم من أركانه الأساسية ، فإنه يكون من غير الجائز رفع الدائن لدعوى بطلان الحكم للصورية . لما كان ذلك وكانت الطاعنة قد تمسكت فى دفاعها بحجية الحكم الصادر بصحة العقد ونفاذه قبل المطعون ضدهم السبعة الأول باعتبارهم دائنى المطعون ضده الثانى الصادر ضده هذا الحكم فضلا عن نفاذ هذا العقد فى حقهم بتسجيل صحيفة الدعوى قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية بما يترتب عليه عدم ملكية مدينهم المذكور للعقار المنزوعة ملكيته . فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بعدم الاعتداد بهذا الحكم لصورية عقد البيع صورية مطلقة دون أن يشير إلى هذا الدفاع الجوهرى ، يكون - فضلا عما شابه من قصور فى التسبيب - قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن .

وحيث أن الموضوع صالح للفصل فيه ولما تقدم وما بنى عليه الحكم المستأنف من أسباب لا تتعارض مع ذلك ، يتعين القضاء فى موضوع الاستئناف برفضه وتأييد الحكم المستأنف .

(نقض ٢٤ / ٢ / ١٩٨٠ سنة ٣١ الجزء الأول ص ٢٧٢) .

١٥ - لا يشترط لقبول الدفع بالصورية أن يكون عقد الطاعن بها سابقا فى تاريخه على التصرف المطعون بصوريته ، بل ليس هناك ما يحول قانونا من أن يكون حق الطاعن بالصورية تاليا لهذا التصرف فضلا عن أن الطعن بالصورية ينطوى فى ذاته ومرماه على أن العقد المطعون فيه لو صح وأصبح نافذا لأضر المتمسك بصوريته بما يجيز لمن كان حقه تاليا لهذا التصرف أن يطعن بصوريته لما هو مقرر من أنه يجوز للطاعن ولو لم يكن هو المعنى بالتصرف الصورى الطعن فى هذا التصرف بالصورية سواء كان عقده سابقا على التصرف أو تاليا له وإذ جرى الحكم المطعون فيه على خلاف ذلك فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تأويله .

(نقض ٢١ / ٣ / ١٩٨١ - الطعن ٦٥٤ لسنة ٤٦ ق) .

١٦ - لما كان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى رفض الادعاء بالصورية استنادا إلى ما استخلصه من أقوال شاهدى المطعون عليها الأولى والقرائن التى ساقها من أن العقد الصادر للمطعون عليه الرابع هو عقد حقيقى وأن الثمن الوارد به جدى ومناسب ، وقد تم الوفاء به للبائعة ، فإن ما يثيره الطاعنان بسبب النعى لا يعدو أن يكون مجادلة موضوعية فى تقدير اللدليل مما تستقل به محكمة الموضوع طالما أقامت قضاءها على أسباب سائغة تؤدى إلى ما انتهت إليه .

(نقض ٢٧ / ١٢ / ١٩٨١ - الطعن ٧٥٣ لسنة ٤٨ ق) .

١٧ - وحيث أن هذا النعى فى محله ذلك أنه ولئن كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة من أن للغير أن يثبت الصورية بجميع طرق الإثبات ومنها القرائن وتقدير القرائن من الأمور الموضوعية التى لا رقابة لمحكمة النقض عليها متى كان هذا التقدير سائغا وأنه لا تعارض بين أن يكون المشترى فى حالة تمكنه من دفع الثمن وأن يكون الشراء الحاصل منه صوريا إذ لاتلازم بين حالة الإعسار وصورية العقد وكان من حق قاضى الموضوع وهو فى مقام الموازنة بين أدلة الإثبات وأدلة النفى فى الدعوى أن يأخذ ببعضها ويطرح البعض الآخر إلا أنه يتعين أن يرد الحكم بأسباب خاصة صريحة على كل دفاع جوهرى يتغير بتحققه وجه الرأى

فى الدعوى وإلا كان قاصرا ، ولما كان الثابت من مدونات الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه أنه استخلص صورية عقد الطاعنة من سابقة علمها بحصول البيع إلى المطعون ضدهم الخمسة الأول لما بينها وبين البائع من علاقة استمرت حت تمام زواجهما فى ٤ / ٨ / ١٩٧٧ فضلا عن أن حالتها لم تكن تسمح بالوفاء بالثمن ، وكانت صورية الثمن وإن كانت دليلا على صورية العقد صورية نسبية إلا أنها ليست دليلا على الصورية المطلقة ، وكان الثابت من الأوراق أن عقد الطاعنة سابق على عقد المطعون ضدهم الخمسة الأول وليس لاحقا عليه ، فضلا عن أن مجرد علم الطاعنة بالبيع السابق لا يصلح قرينة على صورية عقد البيع اللاحق ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه بصورية العقد على مجرد ما ساقه من أسباب ودون أن يرد على دفاع الطاعنة الذى يتغير بتحققه وجه الرأى فى الدعوى يكون معيبا بالقصور بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن (نقض ٢٣ / ٦ / ١٩٨٥ طعن رقم ٩٧٩ لسنة ٥٢ قضائية) .

١٨- المقرر أن محكمة الاستئناف غير ملزمة بالرد على أسباب الحكم الابتدائى الذى ألغته ، مادامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة ومؤدية إلى النتيجة التى انتهت إليها . ولما كان ما تقدم وكانت القرائن المتساندة التى ساقها الحكم المطعون فيه من شأنها أن تؤدى إلى ما انتهت إليه من صورية عقد البيع الصادر إلى الطاعن صورية مطلقة ويكفى لحمل قضائه بذلك وبإلغاء الحكم الابتدائى المخالف ومن ثم فلا عليه إن هو التفت عما يغاير ذلك - مما أبداه الطاعن وأشار إليه بوجه النعى - إذ أن فيما أورده الحكم - تبريرا لقضائه من أسباب - فضلا عن كفايته - الرد الضمنى المسقط لكل ما عداه .
(نقض ٣١ / ١ / ١٩٨٤ - طعن رقم ١٠٤٥ لسنة ٥٠ ق) .

لا يجوز للمحكمة نفى الصورية بنصوص المحرر المطعون عليه أو بخلو بنوده من بيانات معينة :

إذا دفع بصورية محرر فلا يجوز للمحكمة أن تدلل على انتفائها ببيانات ، وردت بالمحرر المطعون فيه فعلى سبيل المثال إذا دفع أحد

الورثة بأن عقد البيع الصادر من مورثه إلى أحد الورثة أو الغير هو فى حقيقته وصية لأنه لم يدفع فيه ثمن وأن ، التصرف أضيف إلى ما بعد الموت فلا يجوز للمحكمة أن ترفض هذا الدفع استنادا إلى أن العقد قد ورد فى نصوصه بأنه عقد بيع وأن الثمن قد دفع وأن المتصرف إليه قد استلم المبيع إذ أن كل هذه النصوص التى ركن إليها الحكم هى محل الطعن بالصورية وبالتالى فإن تعويل الحكم عليها يعيبه بالفساد فى الاستدلال وإذا طلب الطاعن إحالة الدعوى للتحقيق لإثبات صورية العقد فرفض الحكم ذلك استنادا إلى ما ورد فى نصوص العقد على النحو الآنف بيانه فإن الحكم يكون فضلا عما اعتراه من فساد فى الاستدلال مشوبا أيضًا بالقصور .

كذلك لايجوز التدليل على نفى الصورية بأن العقد جاء خاليا من بيانات معينة لان اغفال هذه البيانات قد يكون لاخفاء الصورية .

أحكام النقض :

١ – الطعن بالصورية . عدم جواز تعويل الحكم فى قضائه على نصوص المحرر المطعون عليه . استدلاله بعدم صورية التصرف إلى ما ورد بنصوص العقد ذاته ملتفتا عن طلب الإحالة إلى التحقيق . فساد فى الاستدلال وإخلال بحق الدفاع .

(نقض ١٩٨٣/١/٢٧ طعن رقم ٩٤٧ لسنة ٤٨ ق) .

٢ – المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الوارث لا يعتبر قائما مقام مورثه فى التصرفات الماسة بحقه فى التركة عن طريق الغش والتحايل على مخالفة أحكام الإرث ، بل يعتبر فى هذه الحالة فى حكم الغير ويباح له الطعن على التصرف وإثبات صحة طعنه بكافة الطرق لأنه فى هذه الصورة لا يستمد حقه من المورث وإنما من القانون مباشرة ولا تقف نصوص العقد وعباراته الدالة على تنجيز التصرف مهما كانت صراحتها حائلا دون ذلك الإثبات .

(نقض ١٩٨٥/٦/٩ طعن رقم ٧٥١ لسنة ٥٤ ق) .

٣ – لما كان ما استند اليه الحكم على نفى الصورية عن العقد بخلو بنوده مما يدل على اقترانه بالغش أو التحايل فى حين ان الصورية

. يجب . يها الا ابتغاء ستر هذه الأمور فان الحكم يكون مشوبا بالفساد في الاستدلال والقصور في التسبيب .
(نقض ٢٧ / ١٢ / ١٩٨٠ طعن رقم ٧٢٢ السنة ٤٩ قضائية) .

يجوز للمحكمة أن تستند في قضائها في قيام الصورية على قرائن تتعلق بخصم آخر غير مدعي الصورية :

لاتثريب على محكمة الموضوع ان استندت في قيام الصورية على قرائن تتعلق بخصم اخر خلاف مدعي الصورية مادامت قد اقتنعت بها وبشرط ان تكون مقبولة وجائزة في العقل والمنطق وتؤدي الى النتيجة التي انتهت اليها .

احكام النقض :

إذ كانت الصورية في الدعوى غير قابلة للتجزئة فانه يكون لمحكمة الموضوع ان تعول في قضائها بها على قرائن تتعلق بشخص الطاعنة الثانية ، ولا عليها ان هي اعتمدت على الاوراق المقدمة منها الى الشهر العقاري ، أو على العلاقة بينها وبين البائع للتدليل على هذه الصورية متى كان ذلك وكانت محكمة الإستئناف قد استفادت من الاوراق ان انكار الطاعنة لتوقيعها على عقد مورث المطعون عليهم كضامنة متضامنة مع البائع هو انكار غير جدي وكان ذلك مما يدخل في سلطتها الموضوعية وجعلت من هذا التوقيع قرينة على الصورية فان ما ساقته في هذا الصدد سائغ ومؤد الى ما انتهت اليه .(نقض ٢٦ / ٢ / ١٩٧٠ - سنة ٢١ ص ٣٨٧) .

المبحث الرابع
المصلحة فى الدعوى

لابد للطعن بالصورية من توافر المصلحة :

فلا يقبل الطعن بصورية عقد ما لم تكن للطاعن مصلحة من وراء إسقاط العقد فإذا كان المدعى عليه فى دعوى الصورية قد وجه هو الآخر مطاعن إلى العقد الذى يتمسك به المدعى فإنه يكون لزاما على المحكمة أن تنظر هذه المطاعن وتبحثها لكى تتثبت من وجود مصلحة للمدعى .. فإذا كان دين الدائن مدعى الصورية صوريا تنعدم مصلحته فى الطعن على تصرف للمدين صدر منه لآخر بالصورية . ومثل هذا الدائن لا يعتبر دائنا فى الواقع بشرط أن يثبت أن دينه صورى .

ولقد نصت المادة ٢٤٤ من القانون المدنى على أن لدائنى المتعاقدين والخلف الخاص أن يثبتوا بجميع الوسائل الصورية فى العقد الذى أضر بهم ، فإذا لم يكن هناك ضرر لا يصح ذلك الإثبات لانعدام المصلحة .

وعلى ذلك لا يجوز للوارث أن يتدخل فى دعوى صحة ونفاذ عقد بيع أقامها آخر سواء كان وارثا آخر أو من الغير على المورث مدعيا أن العقد صورى صورية مطلقة أو نسبية لأنه لم يصبح وارثا بعد وبالتالى فلم تتوافر لديه المصلحة القانونية التى تجيز له طلب التدخل ، ويتعين على المحكمة أن تقضى فى هذه الحالة بعدم قبول تدخله ، وإنما يجوز له ذلك بعد وفاة مورثه .

ويجوز للمشترى الثانى أن يتدخل فى دعوى صحة ونفاذ عقد بيع إذا كان قد قد اشترى نفس الشىء من وارث البائع وذلك بالطعن بصورية عقد المشترى الأول بقصد إهداره .

ويجوز كذلك لمالك العقار أيا كان سند ملكيته أن يتدخل فى دعوى صحة ونفاذ عقد صادر عن ذات العقار ويطلب رفض الدعوى على سند من أن العقد المطلوب الحكم بصحته ونفاذه صورى .

أحكام النقض :

١ - ومن حيث أنه وإن كان حقا أن الطاعن تمسك بالصورية أولا أمام محكمة الدرجة الأولى إلا أن هذا السبب مردود بأنه غير منتج ذلك لأن الحكم بعد أن قرر أن طعن البطران وهو مورث المطعون عليهم عدا الثانية بالصورية غير مقبول قال « أنه لم يقم دليل فى الدعوى على أن البطران كان يعلم حق العلم بورقة الضد وقت شرائه أما قرابته بنظيرة (المطعون عليها الثانية) فلا تنهض دليلا على هذا العلم بل الثابت أنه إذ اشترى من نظيرة أطلعته على عقد شرائها الأرض من مالكها الأصلى الثابت به أنها أقامت عليها منزلا وأن هذا المالك قبض منها ثمن الأرض فتعاقد معها على هذا الأساس فهو والحالة هذه لا يعلم كما قالت محكمة الدرجة الأولى بحق وجود ورقة الضد ولا ما اشتملت عليه من مديونية نظيرة البائعة لعبد الحميد (الطاعن) وبعد أن تم له الشراء ظهر بمظهر المالك الحقيقى فطالب عبد الحميد بالأجرة ولما تخلف عن دفعها رفع عليه دعوى الحراسة رقم ١٢٢٩ لسنة ٤٢ مستعجل مصر المضمومة فوافق عبد الحميد على وضع المنزل تحت الحراسة وتعيين البطران نفسه حارسا ولكنه على الرغم من ذلك لم يدفع له الأجرة فاضطر إلى رفع الدعوى ٢٥٣٨ لسنة ١٩٤٢ مستعجل مصر المضمومة أيضًا بطرده وحكم فيها ضده بإخلائه العين ، وأخيرا اتفقا على أن يدفع عبد الحميد إيجارا شهريا قدره ثلاثة جنيهات وعند ذلك فحسب تحرك عبد الحميد فرفع الدعوى الحالية . وحيث أنه إذ يبين مما تقدم عدم قبول الطعن بالصورية بل وانتفاء موضوعها تكون مصلحة عبد الحميد فى طلب صحة ونفاذ الإقرار منتفية ، ومن ذلك يبين أن الحكم تصدى لبحث الصورية وقرر بانتفائها موضوعا .

(نقض جلسة ٥ / ٤ / ١٩٥١ السنة ٢ ص ٧٤٠) .

٢ - لما كان الطعن بصورية عقد لا يقبل إلا ممن له مصلحة فيه وفى حدود هذه المصلحة ولما كان المطعون عليه الأول إذ طعن فى العقد الصادر من المطعون عليها الثانية إلى الطاعن بالصورية إنما يرمى إلى إهدار هذا العقد فى خصوص القدر الذى اشتراه هو من المطعون عليها

الثانية والبالغ مساحته ٩ س /١٢ ط فإنه لا يصح إهدار حق الطاعن إلا بالنسبة لهذا القدر فقط . ويكون الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى رفض دعوى الطاعن فيما زاد عن القدر الذى اشتراه المطعون عليه الأول قد خالف القانون مخالفة تستوجب نقضه فى هذا الخصوص .

(نقض ٨/٢/١٩٦٢ سنة ٢٣ - ص ٢١٥) .

٣ - صورية تاريخ العقد صورية نسبية تنصب على التاريخ وحده فلا تتعداه إلى العقد ذاته فإذا كان الحكم قد أقام قضاءه بصحة ونفاذ العقد على أسبقية تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى على تاريخ تسجيل عقد الطاعن ، ولم يعول على تاريخ عقد المدعى فإن صورية تاريخ هذا العقد لا أثر لها فى الدعوى .

(نقض ٢٤/٣/١٩٦٦ - س ١٧ ص ٧٢٣) .

٤ - لما كان قبول طلب بطلان الإجراءات .. فى البيع الجبرى كالعقار - يتوقف على قبول طلب استحقاق العقار ، وكان الحكم المطعون فيه قد رفض هذا الطلب الأخير بصورية عقد البيع الصادر لمورث الطاعنين وهو ما ينبنى عليه انتفاء صفة الحائز عنه وعدم أحقيته فى طلب بطلان الإجراءات فإن النعى بهذا السبب يكون غير منتج ولا جدوى منه لأنه لا يحقق سوى مصلحة نظرية بحتة .

(نقض ١٠/٦/١٩٧١ س ٢٢ ص ٧٤٨) .

٥ - وحيث أن هذا النعى فى غير محلة ذلك انه لما كان الطعن بصورية عقد لا يقبل الا ممن له مصلحة فيه وفى حدود هذه المصلحة وكان المطعون ضدهم الخمسة الاول اذ طعنوا على القدر الصادر من البائع بالصورية انما قصدوا الى اهداره فى خصوص العقد البالغ مساحته ١٤ ط/١٢ س الداخل فى القدر الذى اشترته مورثتهم والمرفوعة به الدعوى وذلك ابتغاء ازالة العائق الذى يحول دون تحقق اثر هذا العقد فان الحكم المطعون فيه اذ قبل الدفع بالصورية وقضى فى اسبابه بقبول هذا الدفع ورتب على ذلك قضاءه للمطعون ضدهم الخمسة الاول بصحة العقد الصادر الى مورثتهم فان مؤدى ذلك هو عدم اهدار العقد الصادر الى الطاعن الا بالنسبة للقدر البالغ مساحته ١٤ ط/٢٢ س /دون ما جاوزه من القطع الاخرى المبيعة اليه - لما كان ذلك فان

النعى بهذا السبب على الحكم المطعون فيه يكون على غير اساس .

وحيث انه لما تقدم يتعين رفض الطعن . (نقض ٢٢ / ١ / ١٩٧٤ سنة ٢٥ ص ٢٢٠) .

٦ - وحيث ان هذا النعى مردود ، ذلك انه بالرجوع الى الحكم المطعون فيه يبين انه اسس قضاءه على قولته « ان دعوى المستانفين (الطاعنين) بصورية عقد المشترى الثانى (المطعون عليه الثالث) لاتعدو - على ما هو ثابت من واقع النزاع - ان تكون دعوى خادمة لدعواهما بالشفعة كان حريا ان يثور موضوعها كدفاع فى دعوى الشفعة ذاتها اذا كان المستانفان قد اختصما فيها هذا المشترى الثانى أو كان هذا الاخير قد تدخل فيها وليس فى الاوراق ما يدل على ان للمستانفين مصلحة اخرى حقيقية من رفع دعوى الصورية كما انهما لم يفصحا عن وجود مثل هذه المصلحة مع ما هو مقرر من عدم كفاية المصلحة النظرية كمبرر لرفع الدعوى او الاستمرار فيها ومؤدى ذلك أن مصلحة المستأنفين فى الاستمرار فى دعواهما بالصورية تزول بصدور حكم نهائى حائز لقوة الأمر المقضى فى دعوى الشفعة .. ولما كان الثابت من الأوراق أن حكما صدر نهائيا حائزا لقوة الأمر المقضى فى الشفعة بسقوط حق المستأنفين فى أخذ العقار المبيع بالشفعة فتكون مصلحة المستأنفين فى الاستمرار فى دعواهما بصورية عقد المشترى الثانى قد زالت ولا ينال من ذلك أن يكون المستأنفان قد رفعا طعنا بالنقض فى حكم الشفعة .. فضلا عن أن المصلحة المحتملة - إذا صح وجودها جدلا - لا تكفى لقبول الطلب إلا إذا كان الغرض منه الاحتياط لدفع ضرر محدق أو استيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه الأمر غير المحقق فى خصوصية النزاع الماثل » وهذا الذى أقام عليه الحكم قضاءه صحيح فى القانون .ذلك أن دعوى بطلان عقد لصوريته صورية مطلقة لايصلح لقبولها وجود مصلحة نظرية بحتة ، فلا تقبل إلا ممن له مصلحة قائمة وحالة فيها ، بحيث تعود عليه فائدة عملية من الحكم له بطلبه . ولما كانت المصلحة المحتملة التى تكفى لقبول الدعوى لا تتوافر كصريح نص المادة الثالثة من قانون المرافعات إلا إذا كان الغرض من الطلب أحد أمرين (الأول) الاحتياط لدفع ضرر محدق (الثانى) الاستيثاق

لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه ، وكان الطعن بالنقض المرفوع من الطاعنين فى الحكم الصادر بسقوط حقهما فى أخذ العقار المبيع بالشفعة لعدم اختصام المشترى المدعى بصورية عقده ، لايتوافر به أى من هذين الأمرين ، فإن المصلحة المحتملة بمعناها المقصود فى المادة المذكورة لا تكون متوافرة ، إذ كان ما تقدم فإن النعى على الحكم المطعون فيه بالخطأ فى القانون يكون على غير أساس .

(نقض ٢٥ / ١ / ١٩٧٩ المكتب الفنى - السنة ٣٠ - الجزء الأول ص ٣٨١) .

٧ - لا يشترط لقبول الدفع بالصورية أن يكون عقد الطاعن بها سابقًا فى تاريخه على التصرف المطعون بصوريته ، بل ليس هناك ما يحول قانونًا من أن يكون حق الطاعن بالصورية تاليا لهذا التصرف فضلا عن أن الطعن بالصورية ينطوى فى ذاته ومرماه على أن العقد المطعون فيه لو صح واصبح نافذًا لا ضر بالمتمسك بصوريته بما يجيز لمن كان حقه تاليا لهذا التصرف أن يطعن بصورتيه لما هو مقرر من أنه يجوز للطاعن ولو لم يكن هو المعنى بالتصرف الصورى الطعن فى هذا التصرف بالصورية سواء كان عقده سابقًا على التصرف أم تاليا له وإذ جرى الحكم المطعون فيه على خلاف ذلك فإنه يكون قد خالف القانون واخطأ فى تأويله .

(نقض ٢١ / ٣ / ١٩٨١ - الطعن رقم ٦٥٤ لسنة ٤٦ ق)

ليس هناك تلازم بين الصورية والاعسار :

من المقرر أنه لا تلازم بين حالة الإعسار وصورية العقد ، فإذا ثبت للمحكمة أن التصرف صورى فإنها لا تكون ملزمة أن تبحث حالة الأعسار ، وعلى ذلك لا عليها أن لم تبحث فى عقد البيع ما إذا كان المشترى موسرًا وقادرًا على دفع الثمن أم لا .

وإذا كان من المقرر أنه لا تلازم بين الصورية والإعسار إلا أنها تنتفى فى غالب الأحوال بيسار المدين إذ تنتفى مصلحة المدعى فى الطعن على التصرف .

(أحكام الإلتزام للدكتور اسماعيل غانم بند ٨٣)

أحكام النقض :

١ - من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن للغير أن يثبت الصورية بجميع طرق الإثبات ومنها القرائن وتقدير ذلك من الأمور الموضوعية التى لا رقابة لمحكمة النقض عليها متى كان هذا التقدير سائغًا ولا تعارض بين أن يكون المشترى فى حالة تمكنه من دفع الثمن وأن يكون الشراء الحاصل منه صوريًا إذ لا تلازم بين حالة الإعسار وصورية العقد .

(نقض ١٩٨٥/٦/٢٣ طعن رقم ٩٧٩ لسنة ٥٢ ق) .

٢ - لا تعارض بين أن يكون المشترى فى حالة تمكنه من دفع الثمن وأن يكون عقد الشراء الحاصل منه صوريًا إذ لا تلازم بين حالة الإعسار وصورية العقد فإذا اقتنعت المحكمة بأن تصرف ما كان صوريًا فليس هناك ما يحتم عليها أن تعرض بالبحث للمستندات المقدمة من المشترى إثباتًا ليساره ومقدرته على الدفع فإن هذا لا يقدم ولا يؤخر .

(نقض ١٩٤١/١/٢ مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة ص ٧٦٣ قاعدة ٤٧)

لا تأثير للباعث على الصورية :

من المقرر أن العبرة فى جواز تمسك الغير بالعقد الظاهر الصورى هو حسن نيته ولا يعتد فى ذلك على الباعث على الصورية سواء كان مشروعًا أم غير مشروع وكذلك فمن المقرر أن الباعث على الصورية ليس ركنًا من أركان الدعوى ، فإذا ذكر مدعى الصورية الباعث على الصورية وثبت عدم صحته فإنه لا يجوز رفض الدعوى استنادًا إلى هذا السبب وحده .

أحكام النقض :

١ - مؤدى عموم نص المادة ٢٤٤ من القانون المدنى أن المناط فى جواز تمسك الغير بالعقد الظاهر الصورى هو حسن نيته ولا يعتد فى ذلك بالباعث على الصورية - سواء كان مشروعًا أم غير مشروع - وعلة ذلك أن اجازة التمسك بالعقد الظاهر استثناء وارد على خلاف الأصل

الذى يقضى بسريان العقد الحقيقى الذى اراده المتعاقدان . وقد شرع هذا الاستثناء لحماية الغير الذى كان يجهل وجود هذا العقد وانخدع بالعقد الظاهر فاطمأن إليه وبنى عليه تعامله على اعتقاد منه بأنه عقد حقيقى .

(نقض ٣٠/ ١٢/ ١٩٦٥ سنة ١٦ العدد الثالث ص ١٣٨٤)

٢ - ومن حيث أن الوجه الأول من هذا السبب مردود بأن الحكم المطعون فيه بعد أن استعرض صيغة الإقرار وتاريخه قرر « أن العبرة فى تفسير العقود بتوخى المقاصد والمعانى لا الألفاظ والمبانى كما أنه ليس باللازم الضرورى لورقة الضد أن يتم تحريرها فى نفس الزمان والمكان الذى يتحرر فيه التعاقد الظاهر بل العبرة بما عقد عليه العاقدان النية وبما قصداه منها حال تحريرها فإن دلت الظروف والملابسات على أن تحريرها كان تنفيذًا وتقريرًا لما تراضيا عليه واتفقا عليه بادىء ذى بدء وقت تحريرهما العقد الظاهر وكانت قريبة العهد به بحيث لا تحتاج إلى نية وقصد جديدين كانت بلا شك تنطوى على معنى ورقة الضد » . « ثم أورد الحكم القرائن المتعددة السائغة التى استنبط منها » أن الإقرار المذكور لا ينطوى إلا على أنه ورقة ضد مفسرة وموضحة لحقيقة العقد الأول المؤرخ فى ١٢ / ٦ / ١٩٢٦ ولقصد المتعاقدين فيه .. ولا جدال فى أن لمحكمة الموضوع بما لها من سلطة بتفسير العقود وتقدير الواقع أن تقرر أن العقد وأن حرر فى يوم تال لعقد آخر إلا أن ثمة معاصرة ذهنية بين العقدين وأن العقد الآخر وأن وصف بأنه تراد أو تفاسخ إلا أنه فى حقيقته - حسبما انعقدت عليه نية الطرفين - ورقة ضد تفيد صورية العقد الأول .

ومن حيث أن الوجه الثانى من هذا السبب مردود بأن ورقة الضد يجوز الإحتجاج بها على الطرفين ولو كانت غير مسجلة حتى ولو كانت فى صيغة تفاسخ متى كان من الثابت إنها ليست فى حقيقتها تفاسخًا بل إقرارًا بصورية عقد آخر أفرغ فى صورة تفاسخ كما أن هذه الورقة يصح أن يواجه بها الغير كالطعن - ولو كانت غير مسجلة متى ثبت علمه بها - وهو ما اثبته الحكم المطعون فيه .

ومن حيث أن الطاعن ينعى أيضًا على الحكم المطعون فيه مخالفة

القانون لإباحته للمطعون عليه إثبات صورية العقد الصادر للطاعن من الست فهيمة بكافة طرق الإثبات بمقولة أن المطعون عليه ليس من الغير بالنسبة إلى هذا التصرف .

ومن حيث أن هذا السبب مردود بأن المطعون عليه - وهو البائع صوريًا لمورث البائعة للطاعن - يعتبر من الغير بالنسبة إلى العقد الصادر من الست فهيمة للطاعن لأنه لم يكن طرفًا ولا ممثلاً فيه .

ومن حيث أن السبب الأخير من أسباب الطعن يتحصل فى أن الحكم المطعون فيه قد شابه قصور فى استدلاله على صورية عقد الطاعن وعلى سوء نيته وفى عدم رده على ما ذكره الطاعن من عدم صحة الأسباب الدافعة للصورية التى ذكرها المطعون عليه بخصوص العقد الذى صدر منه للمرحوم محمد الساسى .

وم حيث أن هذا السبب مردود بأن الحكم المطعون فيه أوفى على الغاية فى استدلاله على صورية عقد الطاعن بما استخلصه من أقوال شهود المطعون عليه الذين سمعوا أمام محكمة أول درجة ومما بان للمحكمة من عدم صحة الأقوال التى أدلى بها شاهد الطاعن كل هذا مؤيد بالقرائن العديدة التى ذكرها ، كما استخلص علم الطاعن بورقة الضد مما « ثبت من شهادة شهود المدعى (المطعون عليه) من أن الطاعن قد علم قبل شرائه بوجود هذه الورقة الغير مسجلة ومن ثم تكون حجة عليه لأن شراءه مع هذا العلم سوء نية وغش والقانون لا يحميها .. » أما تعييب الحكم بأنه لم يعن بتمحيص الباعث الذى ادعاه المطعون عليه لصورية عقده فمردود بأن الباعث على الصورية ليس ركنا من أركان الدعوى بها وعلى فرض عدم صحة الباعث الذى ذكره المدعى للصورية فليس من شأن هذا وحده رفض دعواه .

ومن حيث أنه لما تقدم يكون الطعن على غير أساس ويتعين رفضه .

(نقض جلسة ١ /١٢/ ١٩٤٩ - لسنة الأولى ص ٤٨)

لا يشترط فى الصورية توافر سوء النية أو قصد الإضرار :

سبق أن بيَّنا عند التحدث عن أوجه الخلاف بين دعوى الصورية والدعوى البوليصية أنه لا يلزم فى الصورية توافر سوء النية أو قصد

الإضرار ، وعلى ذلك فإن الحكم بصورية العقد لا يستلزم إثبات سوء نية الطرفين فيه ، كذلك فأن إجراء التصرف بسوء نية وبقصد الإضرار بالغير لا يفيد صوريته .

أحكام النقض :

١ - وحيث أن ما تقوله الطاعنة من أن أوامر الاداء تعتبر حجة على المطعون عليها الأولى بإعتبارها دائنة لمن صدرت الأوامر ضده مردود بأن الدائن لا يعتبر خلفًا للمدين فى التصرفات الصورية التى تصدر من هذا الأخير أو التى تصدر منه بطريق التواطؤ مع دائن أخر إضرارًا بحقه إذ يصبح الدائن فى هذه الحالات من طبقة الغير . ولما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن أوامر الإداء التى نفذ بها دراكوس بطريق الحجز على الأشياء المحجوز عليها فى هذه الدعوى والتى كان قد رسا مزادها على الطاعنة قد صدرت استنادًا إلى سندات دين صورية حررها المطعون عليه الثانى لصالح داركوس ، وإن استصدار أوامر الإداء والحجز بموجبها والبيع الذى تم تنفيذًا لهذا الحجز كل ذلك كان بطريق التواطؤ بين المطعون عليه الثانى ودراكوس . لما كان ذلك فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون إذ اهدر حجية أوامر الأداء بالنسبة إلى المطعون عليها الأولى .

(نقض جلسة ٢٣ / ٥ / ١٩٥٧ - السنة ٨ ص ٥٢٦)

٢ - وحيث أن الطاعن ينعى فى السبب الثالث على الحكم المطعون فيه التناقض وفى بيان ذلك يقول أن الحكم تردد بين أحكام الغش وأحكام الصورية مع اختلافهما ، وقد أدى به هذا التردد إلى أنه أصبح لا يبين منه الأساس القانونى الذى بنى عليه .

وحيث أن هذا النعى فى غير محله ، ذلك أنه لما كانت الصورية نوعًا من الغش وكان الحكم قد إنتهى بالأسباب السائغة التى ذكرها إلى صورية عقد الطاعن صورية مطلقة فإن النعى عليه بهذا السبب يكون فى غير محله .

وحيث أنه لما تقدم يتعين رفض الطعن .

(نقض جلسة ٢١ مايو سنة ١٩٧٠ السنة ٢١ ص ٨٩)

٣ - الحكم بصورية العقد لا يستلزم إثبات سوء نية الطرفين فيه .
ومع ذلك إذا كان الحكم قد استظهر هذا الأمر فلا يصح تعييبه به .
(نقض ١١ / ٥ / ١٩٣٩ مجموعة النقض فى ٢٥ سنة ص ٧٥٦
قاعدة ٢)

المبحث الخامس
سقوط دعوى الصورية

اختلف الفقهاء فى هذا الشان ..

فذهب رأى إلى أن القانون لم ينص على مدة لسقوط دعوى الصورية ، ومن ثم تعين تطبيق القواعد العامة ورتبوا على ذلك أنها تسقط بمضى خمس عشرة سنة استقرارًا للتعامل أيضًا سواء رفعت من الغير أو رفعت من أحد طرفى التصرف الصورى ، وسواء كانت الصورية مطلقة أو كانت صورية نسبية تخفى عقدًا باطلاً مطلقًا .

واستطرد أصحاب هذا الرأى إلى أن هذه المدة الطويلة ان لم يكن من شأنها أن تسبغ على العقد الصورى – الذى لا وجود له قانونًا – وجودًا قانونيًا إلا أن من شانها أن تمنع إقامة أى دعوى بعد مضيها ، وخلصوا إلى أن هذه المدة الطويلة تمنع من سماع دعوى الصورية .

(النظرية العامة للصورية للدكتور أحمد مرزوق ص ٤٠٥)

ونادى الرأى الثانى بأن دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم سواء رفعت من أحد طرفى العقد أو من الغير لأن المطلوب فيها تقرير عدم وجود العقد الظاهر ، وهى حقيقة قائمة مستمرة لم تنقطع حتى يبدأ سريان التقادم بالنسبة لها ، غير أنه إذا كانت الدعوى تتضمن دعوى أخرى ، فإن ذلك لا يمنع من سريان التقادم بالنسبة للدعوى الأخرى فلو طعن الورثة فى الهبة الصادرة من مورثهم والمستترة فى صورة عقد بيع لم يرد التقادم على الطعن بصورية عقد البيع ولكنه يرد على إدعاء بطلان عقد الهبة – وهو العقد المستتر – لأن هذه الدعوى الأخيرة تسقط بالتقادم شأنها فى ذلك شأن سائر دعاوى البطلان .

(الوسيط د . السنهورى جـ ٢ بند ٦٢٧)

والرأى الثانى هو الراجح وقد اخذت به محكمة النقض ..

أحكام النقض :

– الدعوى بطلب بطلان عقد البيع على أساس أنه يستر وصية وإن وصفت بأنها دعوى بطلان إلا أنها فى حقيقتها وبحسب المقصود منها إنما هى دعوى بطلب تقرير صورية هذا العقد صورية نسبية بطريق التستر وهذه الدعوى لا تسقط بالتقادم لأن ما يطلبه رافعها إنما هو تحديد طبيعة التصرف الذى قصده العاقدان وترتيب الآثار القانونية التى يجب أن تترتب على النية الحقيقية لهما وإعتبار العقد الظاهر لا وجود له . وهذه حالة واقعية قائمة ومستمرة لا تزول بالتقادم فلا يمكن لذلك أن ينقلب العقد الصورى صحيحًا مهما طال الزمن .

(نقض ٢٠ / ٣ / ١٩٦٩ – السنة ٢٠ العدد الأول ص ٤٥٠)

٢ – لما كان الدفع ببطلان عقد البيع على أساس أنه يستر وصية وأن وصف بأنه دفع بالبطلان إلا أنه فى حقيقته وبحسب المقصود منه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إنما هو دفع بصورية هذا العقد صورية نسبية بطريق التستر لا يسقط بالتقادم ، لأن ما يطلبه المتمسك بهذا الدفع إنما هو تحديد طبيعة التصرف الذى قصده العاقدان وترتيب الآثار القانوية التى يجب أن تترتب على النية الحقيقية لهما وإعتبار العقد الظاهر لا وجود له ، وهذه حالة واقعية قائمة ومستمرة لا تزول بالتقادم ، فلا يمكن لذلك أن ينقلب العقد الصورى صحيحاً مهما طال الزمن .

(نقض ١٠ / ٤ / ١٩٧٣ سنة ٢٤ العدد الثانى ص ٥٧٧)

تعليق :

يتعين ملاحظة أن الحكم الأول تحدث عن الدفع بتقادم دعوى طلب بطلان عقد البيع لصوريته وأن الحكم الثانى تحدث عن تقادم الدفع ببطلان عقد البيع لصوريته ولا خلاف بين مضمون المبدأ الذى تقرر فى كلا الحكمين .

ومثال الحكم الذى أشار إليه الحكم الأول أن ترفع دعوى بطلب بطلان عقد بيع لصوريته فيدفع المدعى عليه الدعوى بسقوطها بالتقادم

أما الدفع الذى نوه عنه الحكم الثانى فمثاله أن تقام دعوى بصحة ونفاذ عقد بيع فيدفع المدعى عليه ببطلان العقد لصوريته وحينئذ يواجه المدعى هذا الدفع بأن يدفع بدوره بأنه قد سقط بالتقادم .

رفع دعوى بالصورية لا يترتب عليه وقف التقادم :

إذا إدعى الدائن صورية عقد بيع صادر من مدينة لاخر وأقام دعوى طلب فيها الحكم بإبطال هذا العقد لصوريته فإن هذا الإجراء لا يعد قاطعًا للمدة المقررة لتقادم دينه ، كما أن اجابته لطلبه والقضاء بصورية العقد لا يترتب عليه قطع التقادم ، ولا يحاج هذا النظر بالقول بأن دعوى الصورية ليست من الإجراءات التحفظية وأنها أقوى منها لأنها إنما تمهد للتنفيذ ، لأن دعوى الصورية شأنها كشأن باقى الدعاوى والطرق التى قررها المشرع فى التقنين المدنى للمحافظة على الضمان العام للدائنين ولا صلة لها بطرق التنفيذ التى بينها قانون المرافعات ولا تعتبر بمثابة التنبيه القاطع للتقادم والذى نص عليه قانون المرافعات واعتبره من مقدمات التنفيذ .

وإذ كان من المقرران الإقرار الضمنى بالدين يقطع التقادم إلا أن عدم دفع دعوى الصورية من المدين بأى دفع لا يعتبر إقرارًا ضمنيًا من المدين بالدين وبالتالى فإن ذلك ليس من شأنه قطع التقادم .

أحكام النقض :

١ - لا ينقطع تقادم المدين الثابت بسند تنفيذى إلا بالتنبيه الذى يصدر من الدائن الذى بيده السند التنفيذى لمدينة أو بالحجز عليه أو بالإقرار الذى يصدر من المدين بحق الدائن صريحًا كان ذلك الإقرار أو ضمنيًا . ومن ثم فإن إدعاء ذلك الدائن بصورية عقد بيع صادر من مدينة لآخر ورفعه دعوى بطلب الحكم بهذه الصورية والقضاء بذلك لا يعتبر من الأعمال القاطعة للتقادم بحسب القانون ولا يشفع فى إعتبار دعوى الصورية قاطعة للتقادم القول بأنها ليست من قبيل الإجراءات التحفظية ، وأنها أقوى منها لأنها إنما تمهد للتنفيذ ذلك لأن دعوى الصورية شأنها كشأن باقى الدعاوى من الطرق التى قررها الشارع فى

التقنين المدنى للمحافظة على الضمان العام للدائنين ولا صلة لها بالطرق التنفيذية التى تكفل ببيانها قانون المرافعات ولايمكن اعتبارها - مع التسليم بأنها تمهد للتنفيذ - بمثابة التنبيه القاطع للتقادم وهو ذلك التنبيه الذى نص عليه قانون المرافعات واعتبره من مقدمات التنفيذ ، ونتيجة لما تقدم فإن عدم دفع تلك الدعوى لا يمكن اعتباره اقرارًا ضمنيًا قاطعًا للتقادم .

(نقض جلسة ١٣ / ٣ / ١٩٥٨ - السنة ٩ - ص ١٨٧)

دعوى الصورية لا صلة لها بالتنفيذ الجبرى ولا تعتبر من مقدماته :

شرحنا هذا الأمر فيما تقدم عند بحث أثر دعوى الصورية فى قطع التقادم فيرجع إليه فى موضعه .

المبحث السادس
حجية الحكم الصادر فى دعوى الصورية

تنص المادة ١٠١ من قانون الإثبات على أنه : « الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا فى نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلاً وسببًا » .

قصد المشرع من أعمال هذه القاعدة استقرار الحقوق لاصحابها ومنع تضارب ، الأحكام ، وتتعلق هذه الحجية بالنظام العام وتقضى بها المحكمة من تلقاء نفسها .

وحتى تثبت للحكم الحجية يجب أن تتوافر ثلاثة شروط : -

١ - أن يكون الحكم قضائيا ، أى صادرًا بموجب سلطتها القضائية .

٢ - أن يكون الحكم قطعيًا ، وهو الصادر فى الموضوع بالبت فيه ولو كان حكمًا إبتدائيًا .

٣ - أن يكون الحكم صادرًا من محكمة مختصة إختصاصًا يجعل لها الولاية فى إصداره .

وثبت الحجية لمنطوق الحكم ، ولأسبابه التى تعرض فيها المحكمة لحجج الخصوم وللوقائع التى اشتملت على عرض لموضوع النزاع .

ولا يكون للحكم حجية الأمر المقضى إلا إذا توافر فى الحق المدعى به شروط ثلاثة :

١ - اتحاد الخصوم : فالحكم لا تثبت له الحجية إلا بالنسبة إلى طرف الخصومة والعبرة بإتحاد الخصوم بصفاتهم لا بأشخاصهم ، كما أن الحكم يكون حجة على خلف الخصوم سواء كان خلفًا عامًا أم خاصًا .

٢ - اتحاد المحل أو الموضوع : موضوع الدعوى هو الحق الذى يطلبه الخصم أو المصلحة التى يسعى إلى تحقيقها بالتداعى ، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقين بشىء مادى أم لا . والعبرة بطلبات الخصوم التى فصل فيها الحكم . وتتوافر وحدة المحل فى الدعويين متى كان الأساس فيهما واحدا ولو تغيرت الطلبات فيهما ، إذ العبرة فى حجية الشىء المقضى بموضوع الدعوى وأساسه لا بنوع الطلبات التى يقدمها الخصم أو قيمتها والمسألة يجب أن يكون مرجعها الذوق االسليم أكثر من قواعد المنطق ، فموضوع الدعويين يعتبر متحدًا إذا تحقق القاضى من أن قضاءه فى الدعوى الجديدة يمكن أن يناقض الحكم السابق سواء بإقرارٍ حق انكره ذلك الحكم أو إنكار حق معترف به فيه .

٣ - اتحاد السبب : السبب هو المصدر القانونى للحق المدعى به . وقد يتعدد السبب فيمنع تعدد السبب أن يكون للحكم الصادر فى الدعوى الأولى حجية الأمر المقضى فى الدعوى الثانية.

وقد تنشأ عن السبب الواحد دعويان فإذا اختار صاحب الحق احداهما وقضى برفضها فإن الحكم الصادر فيه تكون له حجية الأمر المقضى بالنسبة للأخرى .

ويجب التمييز بين السبب فى الدعوى وبين الأدلة ، فالواقعة القانوية التى يتولد عنها الحق المدعى يمكن أن تثبت بادلة مختلفة وحينئذ يتصور اتحاد السبب فى دعويين واختلاف الأدلة فيهما ، والعبرة فى الدفع بحجية الشىء المحكوم فيه باتحاد السبب لا باتحاد الدليل .

كما يجب التمييز بين سبب الدعوى والحجج القانونية التى تبرره ، فاختلاف الحجة القانوية فى الدعويين لا يؤثر على وحدة السبب .

ويجب التفرقة بين سبب الدعوى والوسيلة . فالسبب هو الواقعة القانونية التى نشأ عنها موضوع الدعوى . أما الوسيلة فهى الاسانيد الواقعية أو القانونية التى تبرر سبب الدعوى .

وفيما يتعلق بدعاوى البطلان ظهرت فى الفقه ثلاثة آراء :

الأول : أن موضوع الدعوى هو عدم تنفيذ التصرف ، والبطلان سببها . فإذا رفعت دعوى طلب فيها إبطال التصرف بسبب الغلط مثلاً ،

فلا يجوز طلب الإبطال ثانية بسبب الإكراه أو التدليس ، لأن هذه وسائل لا يؤثر اختلافها على وحدة السبب فى الدعويين وهو الرضا .

والضابط فى ذلك هو أن يكون هناك سبب رئيسى واحد إذا انقسم إلى أسباب فرعية فإن كل سبب منها يستدعى السبب الآخر بحيث ترتسم كل هذه الأسباب الفرعية التى تندمج فيه فلا يتعدد السبب بتعددها ويكون الحكم فى أى سبب منها حكمًا فى ذلك الباقى .

الثانى : يذهب إلى تقسيم البطلان إلى ثلاثة طوائف .. ما يعيب الرضا .. كالغلط والتدليس والأكراه ، وما يؤثر على الأهلية كالقصر والسفه والجنون ، وما يعيب الشكل كعدم توافر الرسمية .. وكل طائفة من هذه الطوائف الثلاث تعتبر سببًا وأن مفردات الواحدة منها تعتبر وسائل إذا تكررت ، فطلب البطلان مرة بسبب الغلط يمنع طلبه مرة أخرى سبب الإكراه ، ولكن لا يحول دون طلبه ثانية لسبب القصر أو عدم توافر الشكل .

الثالث : يذهب أصحاب هذا الرأى إلى أن طلب البطلان مرة لسبب معين لا يمنع من طلبه مرة أخرى لسبب آخر أيا كان هذا السبب . فرفض طلب البطلان المؤسس على سبب من أسبابه لا يمنع من طلبه ثانية تأسيسًا على سبب آخر .

« التعليق على قانون الإثبات للاستاذين عز الدين الدناصورى وحامد عكاز ط ١٩٨٤ ص ٣٨٠) .

وقد ترددت محكمة النقض فى الأخذ بالرأى الأول والثالث فى أحكامها ثم سايرت الرأى الثالث .

وبتطبيق القواعد المتقدمة بالنسبة لدعوى الصورية نخلص إلى النتائج الآتية : —

أولاً – حجية الحكم الصادر فى الصورية المطلقة :

١ – إذا صدر حكم ببطلان العقد على سند من أنه صورى صورية مطلقة فإن هذا الحكم حجة على أن هذا العقد لم يكن له وجود وبالتالى يمتنع على من كان الحكم حجة عليه من أن يرفع دعوى أخرى ببطلان العقد لصوريته صورية نسبية مهما كان نوع هذه الصورية ..

مثال ذلك : إذا قضت المحكمة فى دعوى ببطلان عقد لكونه صوريًا صورية مطلقة كعقد بيع مثلاً ، فلا يجوز للمشترى أو البائع بعد ذلك أن يرفع دعوى أخرى ببطلان هذا العقد لأنه صورى صورية نسبية بالنسبة لأحد المتعاقدين أو بالنسبة للتاريخ أو الثمن .

٢ – كذلك لا يجوز له أن يتمسك فى دعوى أخرى بهذا العقد على أنه صورى صورية نسبية . إذ أن مؤدى الحكم بالصورية المطلقة اعتباره كان لم يكن له وجود .

٣ – يمتنع على المحكمة أن تفاضل بين هذا العقد وبين غيره من العقود لأن القضاء بصوريته صورية مطلقة يترتب عليه اعتباره والعدم سواء .

ثانيًا – حجية الحكم الصادر فى الصورية النسبية :

إذا قضت المحكمة بصورية عقد صورية نسبيه لسبب معين وتمسك الخصم فى دعوى أخرى بأن العقد صورى صورية نسبية بسبب أخر كالثمن مثلاً أو لشخص المتعاقد أو التاريخ .. فطبقًا للرأى الأول من الآراء الفقهية والذى يتزعمه العميد السنهورى فلا يجوز رفع دعوى أو الدفع بالصورية لسبب آخر . وطبقًا للرأى الثالث والذى أخذت به محكمة النقض أخيرًا يجوز رفع دعوى بسبب أخر غير السبب الذى رفع به أولاً .. فإذا دفع بصورية الثمن ورفض هذا الدفع فيجوز رفع دعوى أخرى أو ابداء دفع آخر بصورية التاريخ أو شخص المتعاقد .

أحكام النقض :

١ – من حيث الحكم المطعون فيه رد على ما تمسك به الطاعن فى خصوص حجية الحكم الصادر بتاريخ ٥ / ٤ / ١٩٦٠ بقوله « آن أساس الدفع المبدئ من المستأنف عليهن ببطلان عقود البيع الصادرة إليه من المورث على أساس صورية هذه العقود وأنها فى حقيقتها وصية فى حين أنهن أسسن البطلان فى الدفع الأول المقضى فيه بالحكم فى ٥ / ٤ / ١٩٦٠ على إنعدام أهلية المورث وأنه بذلك يكون السبب مختلفًا فى الحالين . ويكون ما ذهب إليه الحكم الصادر من محكمة أول درجة بتاريخ

٥ / ٤ / ١٩٦٠ برفض هذا الدفع فى محله وهذا الذى قرره الحكم وأقام عليه قضاءه صحيح فى القانون ذلك أنه لا حجية للحكم إلا فيما يكون قد فصل فيه بين الخصوم بصفة صريحة أو بصفة ضمنية حتمية سواء فى المنطوق أو فى الأسباب المتصلة به إتصالاً وثيقًا والتى لا يقوم المنطوق بدونها . ولما كان الثابت من الأوراق أن النزاع انحصر أولاً بين الخصوم فيما إذا كانت العقود الصادرة من المورث لابنه الطاعن قد صدرت من وهو فى كامل اهليته أو أنه كان منعدم الأهلية بسبب العته الشيخوخى الذى أصابه وكانت المحكمة قد قضت فى ٥ / ٤ / ١٩٦٠ بصحة تلك العقود اقتصر بحثها فى الأسباب على الطعن فى العقود بإنعدام أهلية المتصرف ولم تعرض فى هذه الأسباب إلى ما اثاره المطعون ضدهن بشأن إخفاء هذه التصرفات لوصايا كما لم يتضمن منطوقها فصلاً فى هذه المسألة .. فإن هذا الحكم لا يكون له آية حجية فيها لأنه ما لم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعًا لحكم يحوز قوة الأمر المقضى ، ولأن الطعن فى التصرفات بأنها تخفى وصية لا يتعارض مع ماقطعت به المحكمة فى حكمها الصادر فى ٥ / ٤ / ١٩٦٠ من صدورها من ذى أهلية والطعن على التصرف بأنه فى حقيقته وصية يعتبر سببًا مختلفًا عن الطعن فيه بإنعدام أهلية المتصوف .

(نقض ١٨ / ٤ /١٩٦٨ - السنة ١٩ - ص ٨٠١)

١ مكرر - إذا كان الحكم المطعون فيه قد إنتهى إلى إعتبار عقد الطاعنين - المشترين الأخيرين - صوريًا صورية مطلقة ، فإن مؤدى ذلك الا يكون لهذا العقد وجود فى الحقيقة ، وبالتالى فلم يكن هناك ما يدعو الشفعاء إلى توجيه طلب الشفعة إلى الطاعنين عملاً بنص المادة ٩٣٨ مدنى ولا على الحكم أن هو لم يتعرض لدفاع الطاعنين فى هذا الخصوص .

(نقض ٢٤ / ٤ / ١٩٧٠ سنة ٢١ ص ٦١٨)

٢ - وحيث أن هذا النعى مردود ، ذلم أنه لما كان يبين من الإطلاع على الحكم الصادر بتاريخ ٢٤ من مايو سنة ١٩٦٤ فى الدعوى رقم ٢٧٦ لسنة ١٩٦٣ مدنى مركز دمياط أنه وأن قضى بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر إلى الطاعنين من المطعون عليهما التاسع والعاشر إلا أنه وقد

ضمّن أسبابه رفض طلب المتدخلين – الشفعاء – وقف دعوى التعاقد حتى يفصل نهائيًا فى دعوى الشفعة ورفض طلبهم إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات صورية ذلك العقد لأنه قصد به التحايل لحرمانهم من حقهم فى أخذ العقار المبيع بالشفعة ، واستند الحكم فى ذلك إلى أن الدفع بالصورية الذى يثيرونه هو مما يدخل فى دعوى الشفعة ومطروح فيها ، فإن القضاء بصحة عقد البيع المشار إليه لم يفصل بذلك فى طلب الصورية على وجه يحاج به المطعون عليهم الثمانية الأول ، طالما أنه قد صرح بعدم الإدلاء برأيه فى هذا الطلب مقررًا أنه خارج عن نطاق الدعوى المعروضة عليه .

لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ عرض لبحث صورية العقد المشار إليه لا يعتبر مخالفًا للحكم السابق الصادر بصحته ونفاذه ، ويكون النعى عليه بمخالفة القانون أو القصور فى التسبيب فى هذا الخصوص على غير أساس .

(نقض جلسة ١٤ / ٥ / ١٩٧٠ سنة ٢١ ص ٦١٨)

٣ – وحيث أن الحكم رقم ٧٤ لسنة ١٩٦٠ مدنى مستأنف بنها الصادر بين الخصوم قد حسم النزاع فى الرد على السبب الأول بشأن ملكية القدر المتنازع عليه مقررًا أن البيع الصادر ... إلى المشترين منه هو عقد جدى وتم شهره قبل أن يتخذ المطعون عليه الرابع إجراءات نزع الملكية فلا يكون مالكًا لهذا القدر لأن حكم مرسى المزاد لا ينقل إلى الراسى عليه المزاد من الحقوق أكثر مما للمدين المنزوعة ملكيته ، وكان لهذا القضاء حجية ملزمة ومانعة من إعادة البحث فى مسألة جدية عقد البيع سالف الذكر واثارتها من جديد فى الدعوى ، الحالية ، ولو بادلة قانونية أو واقعية لم يسبق أثارتها فى الدعوى الأولى أو اثيرت ولم يبحثها الحكم الصادر فيها وإذ التزم الحكم المطعون فيه حجية الحكم السابق فى هذا الخصوص فإن النعى عليه بالقصور لعدم الرد على دفاع الطاعنة بشأن صورية عقد البيع الصادر من .... يكون غير سديد ، ولما كان الثابت أن الطاعنة لا تملك الثمانية قراريط موضوع التزاع فلا يكون لها مصلحة فى الطعن بالصورية على عقدى البيع المؤرخين ٥ / ١ / ٦٣ ، ٢٥ / ٩ / ١٩٦٥ الصادرين من المطعون عليهما الثانى

والثالث إلى المطعون عليه الأول بالنسبة لهذا القدر ويكون النعى على الحكم بهذا الوجه غير منتج .

(نقض جلسة ١٥ /٦ /١٩٧٦ السنة ٢٧ ص ١٣٥٨)

٤ - لما كان الثابت أن محكمة الموضوع استخلصت من نتيجة التحقيق ومن القرائن الأخرى التى استندت إليها أن عقد شراء الطاعنين جدى ولم تأخذ بالثمن الوارد به لما ثبت لها من أنه صورى فلا تناقض بين الأمرين .

(نقض ٢ / ٤ / ١٩٥٩ لسنة ٢٠ ص ٣٠٣)

٥ - لما كان الحكم المطعون فيه قد استند فى استظهار الصورية إلى اعتبارات سائغة ، فإن المجادلة فى ذلك تخرج عن كونها مجادلة فى تقدير الدليل وهو مالا رقابة لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فيه ، لما كان ذلك وكان لا مجال لإعمال الاسبقية فى التسجيل إذا كان أحد العقدين صوريًا صورية مطلقة ، وكان الحكم المطعون فيه قد إنتهى بأسباب سائغة وعلى ما سلف القول إلى أن عقد الطاعنة صورى صورية مطلقة فإنه لا يكون ثمة محل للمفاضلة بينه وبين عقد المطعون عليه الثانى إستنادًا إلى اسبقية تسجيل صحيفة دعواها .. لما كان ما تقدم فإن الحكم المطعون فيه إذ أخذ بهذا النظر لا يكون قد خالف القانون .

(نقض ٦ /٢ /١٩٧٣ سنة ٢٤ العدد الأول ص ١٤٤)

٦ - حجية الشىء المقضى فيه مناطها اتحاد الخصوم والموضوع والسبب . طلب إنقاص الأجر لعدم تركيب مصعد فى العين المؤجرة فى دعوى وطلب تنفيذ التزام المؤجر بتركيب المصعد فى دعوى أخرى . اختلاف الدعويين موضوعًا وسببًا .

(نقض ١ /٢ /٦٦ مجموعة المكتب الفنى سنة ١٧ ص ٢٢١)

٧ - متى كان النزاع فى الدعوى الأولى يدور حول صحة صدور العقود من المورث وقد اقتصر الحكم الصادر فى تلك الدعوى على بحث هذا النزاع وفصل فيه برفض الإدعاء بتزوير العقود تأسيسًا على ما ثبت له من صحة نسبتها إلى المورثة ولم يفصل الحكم فى منطوقه أو فى اسبابه المرتبطة بهذا المنطوق فى صحة إنعقاد هذه العقود كما أنه لم يتعرض لمسالة استيفاء المورث الثمن . وكان النزاع فى الدعوى الثانية منصبًا

على أن التصرفات التى تتناولها العقود المحكوم بصحة نسبتها إلى المورثة فى الدعوى الأولى ساترة لوصايا وما يترتب على ذلك من عدم نفاذها . فإن السبب فى الدعوى الأولى يكون مغايرًا للسبب فى الدعوى الثانية وبالتالى فلا يكون للحكم الأول حجية الأمر المقضى فى الدعوى الثانية .

(نقض ٢٤ / ١٠ / ١٩٦٣ مجموعة المكتب الفنى سنة ١٤ ص ٩٨١) .

٨ - الحكم الصادر فى دعوى من دعاوى وضع اليد لا يكون حجة فى دعوى الملكية ففى الدعوى الأولى المحل هو الحيازة والسبب هو وضع اليد مدة محدودة - أما فى الدعوى الثانية فالمحل هو الملكية والسبب هو وضع اليد مدة أطول أو سبب آخر غير وضع اليد .

(نقض ٢٢ / ٣ / ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٢٢ ص ٥٩٣)

٩ - متى كان المدعى قد رفع دعواه امام المحكمة الجزئية بطلب إثبات حالة منزله الذى اسْتولت عليه وزارة المعارف استنادًا إلى القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ والقانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٤٧ فدفعت الوزارة بعدم اختصاص المحكمة الجزئية بنظر الدعوى بمقولة انها من الدعاوى التى يختص القضاء المستعجل بالفصل فيها وقضى نهائيًا برفض الدفع ثم رفع المدعى دعوى أخرى أمام المحكمة الإبتدائية يطالب الوزارة بأجرة المنزل على أساس تقدير الخبير فى دعوى إثبات الحالة فدفعت الوزارة هذه الدعوى بعدم إختصاص المحكمة بنظرها استنادًا إلى القانون رقم ٧٦ لسنة ١٩٤٧ الذى يوجب فى شأن إجراءات المعارضة فى قرارات لجان التقدير اتباع الاحكام المنصوص عليها فى المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ - فان كلا من الدفعين يكون مختلفًا عن الآخر فى أساسه ومرماه ، ولا تحول حجية الحكم النهائى برفض أولهما فى حلقة من حلقات النزاع دون التمسك بالدفع الاخر بالحلقة الثانية والفصل فى هذا الدفع لا يعتبر اهدارًا لحجية الحكم الأول .

(نقض ٨ / ٥ / ١٩٥٨ سنة ٩ ص ٤٣١)

١٠ - الحكم نهائيًا ببطلان البروتستو تأسيسًا على أن الدين لم يكن مستحق الأداء وقت توجيهه . لا يتعارض مع الحكم بإشهار

الإفلاس بعد حلول أجل الوفاء .

(نقض ١٥ /١٢/ ١٩٧٠ سنة ٢١ ص ١٢٤٥)

١١ - اذا كان الخصوم فى دعوى القسمة لم يتجادلوا بشأن ملكية المطعون عليهم لبعض الأعيان المطلوب قسمتها بوضع يدهم عليها مفرزة المدة الطويلة المكسبة للملكية . فإن الحكم الصادر فيها بندب خبير لإجراء القسمة لا يمنع المطعون عليهم وهم ممن صدر عليهم هذا الحكم من أن يدعوا ملكية العين المتنازع عليها تأسيسًا على أنهم وضعو اليد عليها مفرزة بنية تملكها المدة الطويلة المكسبة للملكية .

(نقض ٢١ / ٤ / ١٩٦٦ سنة ١٧ ص ٨٩٩)

١٣ - متى كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه قضى فى منطوقه برفض دعوى صحة التعاقد المرفوعة من الطاعن على المطعون ضدهم قضاء قطعيًا محمولاً على ما جاء بأسبابه المرتبطة بالمنطوق إرتباطًا لا يقبل التجزئة من أن الطاعن لم ينفذ التزامه بدفع الثمن فلا يحق له مطالبة المطعون ضدهم بتنفيذ التزامهم بنقل الملكية . وهذا القضاء يتضمن بطريق اللزوم الحتمى أن الإلتزام بدفع الثمن قائم ولم ينقض بتجديده أو بغير ذلك من أسباب الإنقضاء . فإن الحكم المذكور يحوز الحجية بين طرفيه فيما قضى به بصفة ضمنية فى الأسباب المرتبطة بمنطوقه إرتباطًا وثيقًا ، لا يقوم المنطوق بدونها ، ويمتنع على الطاعن الإدعاء بإنقضاء الإلتزام بدفع الثمن أوتجديده ولا يقبل منه إثبات إدعائه بأى دليل أخر ، ولو كان اليمين الحاسمة لتعارضه مع حجية الحكم المشار إليه الذى حاز قوة الأمر المقضى وذلك عملاً بالمادة ١٠١ من قانون الإثبات .

(نقض ٢١ / ٥ / ١٩٧٥ سنة ٢٦ ص ١٠٤٠)

١٤ - القضاء نهائيًا باستحقاق العامل لنسبة معينة من العمولة خلال مدة معينة . مطالبة العامل باستحقاقه لذات العمولة عن فترة تالية إستنادا لذات السبب فى الدعوى السابقة . وجوب التقيد بحجية الحكم السابق .

(نقض ٢٥ / ٢ / ١٩٧٩ طعن رقم ٦٨٩ لسنة ٤٢ ق)

١٥ - السبب فى معنى المادة ١٠١ من قانون الإثبات هو الواقعة

التى يستمد منها المدعى الحق فى الطلب وهو لا يتغير بتغير الأدلة الواقعية والحجج القانونية التى يستند إليها الخصوم (حكم النقض السابق)

١٦ - القضاء برفض دعوى المطالبة بنصيب فى الربح تأسيسًا على عقد شركة التضامن لا حجية له فى دعوى تالية بين نفس الخصوم وعن ذات الطلب إستنادًا إلى شركة الواقع لاختلاف وحدة السبب فى الدعويين .

(نقض ١٢ / ١ / ١٩٨١ طعن رقم ٤٢٠ لسنة ٤٧ ق)

١٧ - لما كان يبين من الأوراق أن موضوع المنازعة فى الدعوى رقم ... هو مطالبة الطاعنين المطعون عليه باجرة متأخرة لشقة النزاع بإعتبار أن اجرتها الإتفاقية مبلغ ٤ جنيهات و ٣٥٠ مليمًا شهريًا وقد ثار النزاع بين الطرفين حول حقيقة الأجرة الإتفاقية وحددتها المحكمة بمبلغ ٤ جنيهات و ٢٥٠ مليمًا شهريًا وابرزت بأسباب حكمها الزام المستأجر دفعها حتى تعدل بحكم يثبت تحديد الأجرة القانونية ، لما كان ذلك وكان النزاع الذى ثار بين الطرفين فى الدعوى الماثلة يدور حول تحديد الأجرة القانونية للشقة المؤجرة تطبيقًا لأحكام قوانين الإيجارات وهى مسألة لم تكن مطروحة على المحكمة فى الدعوى السابقة ولم يعرض لها الحكم الصادر فيها ، ومن ثم فإن الدعويين تختلفان موضوعًا وسببًا .

(نقض ١٠ / ٥ / ١٩٧٨ سنة ٢٩ ص ١٢١٠)

١٨ - من المقرر وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة الا تكون للأحكام حجية إلا إذا توافرت فى الحق المدعى به شروط ثلاث اتحاد الخصوم ووحدة الموضوع والمحل والسبب ولا تتوافر هذه الوحدة إلا أن تكون المسألة المقضى فيها مسالة أساسية لا تتغير وبشرط أن يكون الطرفان قد تناقشا فيها فى الدعوى الأولى واستقرت حقيقتها بينهما بالحكم الأول استقرارًا جامعًا مانعًا فتكون هى بذاتها الأساس فيما يدعيه بالدعوى الثانية . لما كان ذلك وكان الثابت من الحكم الصادر فى الدعوى رقم ... المؤيد بالإستئناف رقم ... أن المدعية فى هذه الدعوى أقامتها ضد المطعون ضده والطاعنة طلبت فيها الحكم بإلزامهما متضامنين نتيجة خطأ المطعون ضده واعمالاً لنص المادة ١٦٣ مدنى

وأساس مسئولية الطاعنة خطأها عن عمل تابعها عملاً بالمادة ١٧٤ مدنى . أما الدعوى الراهنة فهى دعوى الحلول التى يرجع بها المتبرع وهو فى حكم الكفيل المتضامن على تابعه عند وفائه للمضرور وبالتالى فإن الدعويين يختلفان فى الخصوم والسبب .

(نقض ١٤/١/١٩٨٢ طعن رقم ٩٠٥ لسنة ٤٨ ق)

١٩ - من المقرران ما لم تفصل فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعًا لحكم حائز قوة الأمر المقضى ويشترط لكى يحوز الحكم حجية الشىء المقضى فيه اتحاد الخصوم والموضوع والسبب واذ كانت دعوى صحة العقد تختلف عن دعوى الفسخ سببًا وموضوعًا فان الحكم بعدم قبول دعوى صحة التعاقد لعدم قيام المشترى بالتزامه بدفع كامل الثمن لا يمنع المشترى من العودة إلى دعوى صحة التعاقد إذا ما قام بإيفاء باقى الثمن ومن ثم فإن هذا القضاء لا يتضمن قضاء ضمنيًا بفسخ العقد .

(نقض ١٨/٣/١٩٨٢ طعن رقم ٩٦٣ لسنة ٤٧ ق)

٢٠ - حجية الأحكام . مناطها . دعوى التطليق لاعتداء الزوجة على زوجها اختلاف السبب فيها عن دعوى التطليق للفرقة مدة أكثر من ثلاث سنوات واستحكام النفور بين الزوجين .

(نقض ٢٣/١/١٩٨٠ طعن رقم ٥٠ أحوال شخصية لسنة ٤٨ ق)

٢١ - من المقرر أن الحكم السابق لا يحوز قوة الأمر المقضى بالنسبة للدعوى اللاحقة إلا إذا اتحد الموضوع والسبب فى كل من الدعويين فضلاً عن وحدة الخصوم ولما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن القضية السابق الفصل فيها من لجة الفصل فى المنازعات الزراعية تختلف فى موضوعها وسببها عن موضوع وسبب الدعوى الحالية . فإن التمسك بحجية الحكم السابق يضحى بلا سند قانونى صحيح فلا يعد دفاعًا طالما أنه ليست له هذه الحجية . لما كان ذلك فإن إغفال الحكم المطعون فيه الرد على الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها لا يعيبه بالقصور .

(نقض ٢/٥/١٩٧٩ طعن رقم ١١٢٥ لسنة ٤٨ ق)

٢٢ - وحيث أن هذا النعى صحيح . ذلك أنه لما كان المدين - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يعتبر ممثلًا لدائنه العادى فى الخصومات التى يكون المدين طرفًا فيها فيفيد الدائن من الحكم الصادر فيها لمصلحة مدينة كما يعتبر الحكم على المدين حجة على دائنة فى حدود ما يتأثر به حق الضمان العام المقرر للدائن على أمول مدينة وللدائن ولو لم يكن طرفًا فى الخصومة بنفسه أن يطعن فى الحكم الصادر فيها بطرق الطعن العادية وغير العادية ، وكان السبيل لبحث أسباب العوار التى قد تلحق بالاحكام هو الطعن عليها بطرق الطعن التى حددها القانون على سبيل الحصر ، فاذا كان الطعن عليها غير جائز وكان قد استغلق فلا سبيل لاهدارها بدعوى بطلان أصلية لمساس ذلك بحجيتها إلا إذا تجردت هذه الأحكام من أركانها الأساسية ، وكان الطعن بالصورية لا يجرد الحكم من اركانه الأساسية ، فإنه يكون من غير الجائز رفع الدائن لدعوى بطلان الحكم للصورية . لما كان ذلك وكانت الطاعنة قد تمسكت فى دفاعها بحجية الحكم الصادر بصحة العقد ونفاذه قبل المطعون ضدهم السبعة الأولى بإعتبارهم دائنى المطعون ضده الثامن الصادر ضده ، هذا الحكم فضلًا عن نفاذ هذا العقد فى حقهم بتسجيل صحيفة الدعوى قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية مما يترتب عليه عدم ملكية مدينهم المذكور للعقار المنزوعة ملكيته . فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بعدم الإعتداد بهذا الحكم لصورية عقد البيع صورية مطلقة دون أن ، يشير إلى هذا الدفاع الجوهرى يكون - فضلًا عما شابه من قصور فى التسبيب - قد اخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن .

(نقض جلسة ٢٤ يناير سنة ١٩٨٠ - السنة ٣١ - ص ٢٧٦)

٢٣ - لما كان النص فى المادة ٣ من القانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٦٦ بشأن لجان الفصل فى المنازعات الزراعية قبل إلغائها بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٥ على أنه « تختص لجنة الفصل فى المنازعات الزراعية بنظر المنازات الناشئة عن العلاقة الإيجارية فى الأرض الزراعية وما فى حكمها من الأراضى البور الصحراوية والقابلة للزراعة ، وبوجه خاص تختص االلجنة وحدها بالفصل فى المسائل الآتية : أ - المنازعات الناشئة عن

تطبيق أحكام المواد من ٣٢ - ٣٦ مكرر (ز) من المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالإصلاح الزراعى د .... ، جـ ... وفى الفقرة الثانية من المادة السابقة قبل إلغائها بالقانون ١١ لسنة ١٩٧٢ - على أنه « ويمتنع على المحاكم النظر فى المنازعات التى تدخل فى إختصاص هذه اللجان طبقًا للفقرة الثانية من المادة الثالثة وتحال إليها فورًا جميع القضايا المنظورة حاليًا أمام محاكم الدرجة الأولى التى تدخل فى هذا الإختصاص ما دام باب المرافعة لم يقفل فيها » يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن المشرع خول للجان الفصل فى المازعات الزراعية إختصاصات يشاركها فيه القضاء العادى واختصاصات انفرادية تستأثر بها ولا تشاركها فيها أية جهة قضائية أخرى ، يتناول المنازعات المبينة على سبيل الحصر فى الفقرة الثانية من المادة الثالثة سالفة الإشارة ، ولما كانت المنازعة فى صحة العقد المثبت لقيام العلاقة الإيجارية أو بطلانه أو فى تطبيق أحكام المادة ٣٧ من قانون الإصلاح الزراعى الخاصة بالحد الأدنى للحيازة تندرج ضمن المتازعات الإيجارية للأراضى الزراعية المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة الثالثة المذكورة فينعقد الإختصاص بنظرها لكل من لجان الفصل فى المنازعات الزراعية والمحاكم ، ويكون للقرار النهائى الصادر فيها من اللجنة المختصة قوة الأمر المقضى مما لا يجوز معه للخصوم العودة إلى مناقشة ذات النزاع فى آية دعوى تالية ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها أمام اللجنة أو اثيرت ولما يفحصها القرار الصادر ، منها ، وكانت المنازعة فى صحة العقد يتسع نطاقها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لبحث كل ما يتعلق بوجود العقد أو انعدامه وبصحته أو بطلانه أو صوريته صورية مطلقة إذ من شأن هذه الصورية لو صحت أن يعتبر العقد ولا وجود له قانونًا دون الحكم بصحته ، فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتد بحجية القرار الصادر بتاريخ ٢٠ / ٢ / ١٩٧٢ من اللجنة الإستئنافية للفصل فى المنازعات بثبوت العلاقة الإيجارية بين المطعون عليه الأول وبين الطاعن بصدد ما آثارد الأخير من صورية عقد الإيجار يكون قد أصاب صحيح القانون .

(نقض ٥ / ٤ / ١٩٧٨ سنة ٢٩ جـ ١ ص ٩٦٥)

٢٤ - وحيث أن حاصل سبب النعى الخطأ فى القانون ، ذلك أن الحكم المطعون فيه أقام قضاءه بعدم قبول الدعوى على أن مصلحة الطاعنين فى إثبات صورية العقد الصادر من المطعون عليهما الأولين إلى المطعون عليه الثالث قد زالت بعد أن قضى نهائيًا فى الاستئناف رقم ٩٥ ق اسكندرية بسقوط حقهما فى أخذ العقار موضوع هذا العقد بالشفعة لعدم إدخال المشترى الثانى (المطعون ضده الثالث) فى الدعوى المذكورة ، وأنه ليس من شأن الطعن بالنقض المرفوع عنهما فى الحكم الصادر فى دعوى الشفعة أن يحقق لهما مصلحة ما دام لم يصدر فيه حكم يقضى بنقضه أو وقف تنفيذه ، فى حين أن مصلحة الطاعنين واضحة إذ هما يبغيان تقرير حق قانونى هو صورية العقد صورية مطلقة مما يجعل الدعوى مقبولة دون البحث فى وجود مبرر لقيام المصلحة فيها ، بالإضافة إلى أن مجرد الطعن بالنقض فى الحكم الصادر فى دعوى الشفعة يتوافر به المصلحة المحتملة التى تكفى بقول الدعوى .

وحيث أن هذا النعى مردود ، ذلك بأنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يبين أنه أسس قضاءه على قوله « ان دعوى المستأنفين (الطاعنين) بصورية عقد المشترى الثانى (المطعون عليه الثالث) لا تعدو - على ما هو ثابت من وقائع النزاع - أن تكون دعوى ، خادمة لدعواهما بالشفعة كان حريًا أن يثور موضوعها كدفاع فى دعوى الشفعة ذاتها إذا كان المستانفان قد اختصما فيها هذا المشترى الثانى أو كان هذا الأخير قد تدخل فيها وليس فى الأوراق ما يدل على أن للمستانفين مصلحة أخرى حقيقية من رفع دعوى الصورية كما أنهما لم يفصحا عن وجود مثل هذه المصلحة مع ما هو مقرر من عدم كفاية المصلحة النظرية كمبرر لرفع الدعوى أو الإستمرار فيها ومؤدى ذلك أن مصلحة المستانفين فى الإستمرار فى دعواهما بالصورية تزول بصدور حكم نهائى حائز لقوة الأمر المقضى فى دعوى الشفعة ، ولما كان ، الثابت من الأوراق أن حكمًا صدر نهائيًا حائزًا لقوة الأمر المقضى فى الشفعة بسقوط حق المستأنفين فى الإستمرار فى دعواهما بصورية عقد المشترى الثانى قد زالت ولا ينال من ذلك أن يكون المستانفان قد رفعا طعنًا بالنقض فى حكم الشفعة .. فضلاً عن أن المصلحة المحتملة - اذا صح وجودها - لا تكفى لقبول

الطلب إلا اذا كان الغرض منه الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الإستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع الأمر الغير محقق فى خصوصية النزاع الماثل » وهذا الذى أقام عليه الحكم قضاءه صحيح فى القانون ، ذلك أن دعوى بطلان العقد لصوريته صورية مطلقة لا يصلح لقبولها وجود مصلحة نظرية بحته ، فلا تقبل إلا ممن له مصلحة قائمة وحالة فيها ، بحيث تعود عليه فائدة عملية من الحكم له بطلبه . ولما كانت المصلحة المحتملة التى تكفى لقبول الدعوى لا تتوافر كصريح نص المادة الثالثة من قانون المرافعات ، إلا إذا كل الغرض من الطلب أحد أمرين (الأول) الإحتياط لدفع ضرر محدق (والثانى) الإستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه ، وكان الطعن بالنقض المرفوع من الطاعنين فى الحكم الصادر بسقوط حقهما فى أخذ العقار بالشفعة لعدم إختصام المشترى المدعى بصورية عقده ، لا يتوافر به أى من هذين الأمرين ، فإن المصلحة المحتملة بمعناها المقصود فى المادة المذكورة لا تكون متوافرة .

(نقض ٢٥ / ١ / ١٩٧٩ – السنة ٣٠ ص ٣٨٤)

٢٥ – وحيث أن هذا النعى فى محله ، ذلك لأنه وإن كان ضم دعويين تختلفان سببًا وموضوعًا تسهيلاً للإجراءات لا يترتب عليه إدماج احداهما فى الأخرى بحيث تفقد كل منهما استقلالها .. إلا أن الأمر يختلف إذا كان موضوع الطلب بإحدى القضيتين المضمومتين هو بذاته موضوع الطلب فى القضية الأخرى . إذ كان ذلك وكان الثابت من الأوراق أن المطعون عليها الأولى أقامت الدعوى رقم ٣٨٢ لسنة ١٩٧٠ مدنى كلى الفيوم ضد الطاعن وباقى المطعون عليهم وأخرين بطلب عدم نفاذ عقد البيع المؤرخ ١٠ / ٧ / ١٩٥٦ الصادر لصالح الطاعن واخرين والمسجل فى ٨ / ٤ / ١٩٧٠ فى حقها استنادًا إلى أن العقار موضوع هذا العقد قد رسا مزاده عليها بحكم نهائى ، وكانت الدعوى المذكورة لا تعدو ان تكون دفاعًا فى الدعوى رقم ١٦ لسنة ١٩٦٩ مدنى كلى الفيوم التى اقامها الطاعن وأخر ضد المطعون عليهم بعد أن تدخلت فيها المطعون عليها الأولى ، وهى الدعوى الأصلية بتثبيت الملكية للعقار موضوع الدعوى ، وكانت محكمة أولى درجة قد قررت ضم الدعويين

مما ينبنى عليه أن تندمج دعوى عدم نفاذ عقد البيع المؤرخ فى ١٠ / ٧ / ١٩٥٦ فى دعوى تثبيت الملكية وينتفى معه القول بإستقلال كل منهما عن الأخرى ، فإن استئناف الحكم الصادر فى أحداهما يكون شاملاً الحكم الصادر فى الدعوى الأخرى . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وذهب إلى أن الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٣٨٢ لسنة ١٩٧٠ مدنى كلى الفيوم قد أصبح إنتهائيًا حائزًا لقوة الشىء المقضى بعدم استئناف الطاعن له ، مما أدى به إلى حجب نفسه عن العقار موضوع حكم مرسى المزاد ، وكان هذا الدفاع جوهريًا مما يتغير به وجه الرأى فى الدعوى إذ أن الصورية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - كما ترد على العقود ترد على الأحكام وبخاصة أحكام رسو المزاد التى لا تتعدى مهمة القاضى فيها مجرد مراقبة استيفاء الإجراءات الشكلية ثم إيقاع البيع لمن يظهر أن المزاد رسا عليه ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه قصور بما يستوجب نقضه .

(نقض ٦ / ١١ / ١٩٨٠ - سنة ٣١ جـ ٢ ص ١٨٩٩)

٢٦ - المقرر فى قضاء هذه المحكمة إن المسألة الواحدة بعينها إذا كانت كلية شاملة وكان ثبوتها أو عدم ثبوتها هو الذى ترتب عليه القضاء بثبوت الحق الجزئى المطلوب فى الدعوى أو إنتفائه فإن هذا القضاء يحوز حجية الأمر المقضى فى تلك المسألة الكلية الشاملة بين الخصوم أنفسهم ويمنع الخصوم من التنازع بطريق الدعوى أو بطريق الدفع فى شأن حق جزئى أخر متوقف ثبوته أو إنتفاؤه على ثبوت تلك المسألة الكلية السابق الفصل فيها بين الخصوم أنفسهم أو على انتفائها ، وإذ كان البين أن الطاعنين أقاموا الدعوى ٦٥٦ لسنة ٩٦٠ مدنى كلى سوهاج بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع المؤرخ ٣ / ١٢ / ١٩٥٨ عن مساحة ٧ ط من ضمن ٧ ط / ١ ف واردة بالعقد المذكور ، وقد تدخلت المطعون ضدها فى تلك الدعوى طالبة رفضها على سند من أنه سبق أن اشترت الأطيان البالغ مساحتها ٧ ط / ١ ف المباعة للطاعنين من ذات البائع لهم بموجب عقد بيع تم شهره . واذ كانت تلك الدعوى تتسع لبحث كل أسباب بطلان عقد المطعون ضدها المسجل - ومنها

الصورية المطلقة - فإنه وقد قضت المحكمة فى تلك الدعوى برفضها وقطع الحكم المذكور فى أسبابه المرتبطة إرتباطًا وثيقًا بمنطوقه بأن ملكية الأطيان المباعة للطرفين قد الت للمطعون ضدها بعد أن سبقت إلى تسجيل العقد ، الصادر إليها فإن هذا القضاء يتضمن حتمًا أن عقد المطعون ضدها برمته صحيح غير صورى وإنها هى المالكة لمساحة السبعة قراريط التى كانت مثار النزاع فى تلك الدعوى بما يمتنع على الخصوم فى الدعوى التى صدر فيها هذا القضاء من العودة إلى المناقشة فى تلك المسالة التى فصل فيها باية دعوى تالية يثار فيها هذا النزاع ولو بادلة قانونية او واقعية لم يسبق اثارتها فى الدعوى الاولى .

(نقض ٢٤ / ١ / ١٩٨٤ طعن رقم ٣٦١ لسنة ٥٠ ق)

٢٧ - النص فى المادة التاسعة من قانون الاثبات على انه يجوز للمحكمة الا تاخذ بنتيجة اجراء الاثبات بشرط ان تبين اسباب ذلك فى حكمها يدل على ان القاضى غير مقيد بما يكون قد شف عنه حكم الاثبات من اتجاه فى الراى ومن ثم فلا يحوز قوة الامر المقضى بحيث يجوز للمحكمة الا تاخذ بما اسفر عنه تنفيذ الذى امرت به من اجراءات الاثبات شريطة أن يتضمن الحكم الصادر فى الموضوع اسباب العدول . لما كان ما تقدم وكان البين من الحكم المطعون فيه أنه لم يأخذ بنتيجة التحقيق الذى اجرته المحكمة نفاذا للحكم الصادر بجلسة ١٧ / ٥ / ٧٨ لما أورّده بمدوناته من عدم جواز قبول أى دليل آخر فى شأن الصورية يناقض حجية الحكم الصادر فى الدعوى ٦٥٦ لسنة ١٩٦٠ مدنى كلى سوهاج فإنه يكون قد التزم صحيح القانون فى اطراح نتيجة التحقيق وعدم الاخذ بها .

(نقض ٢٤ / ١ / ١٩٨٤ طعن رقم ٣٦١ لسنة ٥٠ ق)

٢٨ - من المقرر وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة (١) أنه يشترط لقيام حجية الشئ المقضى وفقا لنص المادة ١٠١ من قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ - التى لاتجيز معاودة النظر فى نزاع سبق الفصل فيه أن تتحقق وحدة الموضوع والخصوم والسبب ، ويعد موضوع الدعويين متحدا اذا كان الحكم الصادر فى الدعوى الثانية مناقضا للحكم السابق وذلك باقرار حق انكره هذا الحكم أو بانكار حق

اقره فيناقض الحكم الثانى الحكم الاول ، والقول بوحدة الموضوع فى الدعويين هو مسالة موضوعية تستقل بالفصل فيها محكمة الموضوع ولا معقب على حكمها متى كانت قد اعتمدت فيه على اسباب من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهت اليها ، واذ كان نص المادة ٩١٧ من القانون المدنى يدل على أن المشرع أقام قرينة قانونية لصالح الوارث مؤداها اعتبار تصرف المورث وصية اذا احتفظ بحيازة العين التى تصرف فيهاوالانتفاع بها مدى حياته مالم يقم دليل يخالف ذلك كأن يثبت المتصرف إليه أن التصرف كان منجزا وبمقابل ، لما كان ذلك وكان البين من مطالعه مدونات الحكم الصادر فى الاستئناف رقم ٥٧ لسنة ٢٤ ق طنطا - المقدم صورة رسمية منه - المرفوع عن نفس التصرف الصادر من المورث إلى ولديه - وبين ذات الخصوم أنه انتهى فى اسبابه بعد سماع شهود الطرفين إلى أن هذا التصرف - المطعون عليه من الطاعة بالصورية المطلقة - جدى لأن الثمن تسدد وأنه لذلك يتعين تاييد الحكم الابتدائى الصادر برفض دعواها ومؤدى ذلك أن هذا الحكم قد فصل نهائيا فى أن التصرف جدى ومنجز ومقابل ثمن وهو ما ينفى بالقطع أنه وصية مضافة إلى مابعد الموت وعلى سبيل التبرع فلا يجوز العودة إلى مناقشة ذلك بالدعوى الماثلة ويعتبر الحكم حجة فيما قضى به فى هذا الصدد تحول دون نظر ادعاء الطاعنة بأن التصرف يخفى وصية ، واذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وانتهى ، باسباب سائغة إلى وحدة الموضوع فى الدعويين فإنه يكون متفقا مع صحيح القانون .

(نقض ٣١ / ١ / ١٩٨٤ طعن رقم ١٠٩٧ لسنة ٥٠ ق)

٢٩ - لئن كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن قاعدة ضم حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف لاتسرى إلا إذا اراد المتسمك بها أن يحتج به قبل غير من باع له وغير من تلقى الحق ممن باع له ، بحيث اذا كان السلف مشتركا فلا يجوز للحائز المتمسك بالتقادم أن يفيد من حيازة سلفة لاتمام مدة الخمس عشرة سنة اللازمة لاكتساب الملكية بالتقادم قبل من تلقى عنه حقه عن هذا السلف ، ألا أنه لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مقتضى القضاء بصورية أحد العقدين

الصادرين من السلف صورية مطلقة ألا يكون ثمة وجود فى الحقيقة ألا للعقد الآخر ومن ثم فلا يكون ثمة ما يحول قانونا دون ضم مدة حيازة صاحب العقد إلى مدة حيازة سلفة . (نقض ٢٩ / ١ / ١٩٨٥ طعن رقم ٢٢٩ لسنة ٥١ قضائية ، نقض ١٠ / ٦ / ١٩٨٢ طعن رقم ١١٧٨ لسنة ٤٨ قضائية ، نقض ٢٦ / ٤ / ١٩٧٩ سنة ٣٠ الجزء الثانى ص ٢٠٢) .

٣٠ - وحيث أن النعى بالوجه الأول مردود ذلك أنه لما كان الشفيع - بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة - يعتبر من الغير بالنسبة لطرفى البيع سبب الشفعة ولا يحتج عليه إلا بالعقد الظاهر متى كان حسن النية ، وكان بحث توافر حسن النية لدى الشفيع وعدم علمه بصورية الثمن المسمى بعقد البيع المشفوع فيه ، هو من مسائل الواقع التى لمحكمة الموضوع الحق فى تقديرها ،ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك متى كان استخلاصها سائغًا ، وكان الحكم المطعون فيه قد قرر فى شأن حسن نية المطعون عليه الأول أن الثابت من عقد البيع الإبتدائى المؤرخ ٤ / ٤ / ١٩٦١ الموقع عليه من المستأنف عليها الخامسة (المطعون عليها الثامنة) والمتضمن بيعها للمستأنف عليها الأولى (الطاعنة) ٨٠,٥٣ مترًا مربعًا أنه أثبت به أن هذا البيع تم لقاء ثمن قدره ٩١٤ ج و ٦٠٠ م دفع منه مبلغ ٨١٤ ج و ٤٠٠ م واتفق على دفع الباقى وقدره ١٠٠ ج عند التوقيع على العقد النهائى وقد صدر الحكم فى الدعوى رقم ٣٦٣ لسنة ١٩٦٦ مدنى كلى دمياط فى ١٠ / ١ / ١٩٦٨ ، بصحة ونفاذ هذا العقد لقاء ثمن قدره ٩١٤ ج و ٦٠٠ م وتم تسجيله على هذا الأساس بما يفيد أن المحكمة التى أصدرت ذلك الحكم قد إعتمدت الثمن المبين فى العقد على أنه الثمن الذى إتفق المتعاقدان على بيع الصفقة لقاءه ولم يعتد بالإقرار الموقع عليه من البائعة المؤرخ ٤ / ٤ / ١٩٦١ بأنها قبضت مبلغ ٥٣ ج و ٨٠٠ م زيادة عن الثمن الوارد بالعقد » وكان يبين من هذا الذى قرره الحكم أنه استند فى استخلاص حسن نية المطعون عليه الأول إلى أسباب سائغة تكفى لحمل النتيجة التى إنتهى إليها ، وكانت محكمة الموضوع غير ملزمة بالتحدث فى حكمها عن كل قرينة من القرائن غير القانونية التى أدلى بها الخصوم

استدلالًا على دعواهم ، كما أنها غير مكلفة بأن تورد كل حجج الخصوم وتفندها طالما أنها أقامت قضاءها على ما يكفى لحمله ، فإن النعى على الحكم بهذا الوجه يكون على غير أساس والنعى بالوجه الثانى ، مردود ذلك أنه متى كان الثمن المسمى بعقد البيع المشفوع فيه صوريًا أقل من الثمن الحقيقى فإن للشفيع - بإعتباره من الغير فى هذا العقد - إذا كان حسن النية أن يأخذ بالعقد الظاهر ولا يلتزم إلا بدفع الثمن المذكور فيه .

(نقض جلسة ٢٧ / ١١ / ١٩٧٥ - السنة ٢٦ ص ١٥١٥)

٣١ - وحيث أن هذا النعى مردود ذلك أنه لما كان الحكم الصادر فى الدعوى الأولى رقم ٢٦٣ لسنة ١٩٥٤ كلى طنطا التى تدخل فيها الطاعن قد حسم النزاع بينه وبين مورث الفريق الأول من المطعون عليهم فى خصوص صحة البيع المؤرخ ١ / ١ / ١٩٥٣ وقضى بصحته ونفاذه ، وكانت دعوى صحة ونفاذ العقد - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هى دعوى موضوعية تمتد سلطة المحكمة فيها إلى بحث موضوع العقد ومداه ونفاذه ، وهى تستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية حتى إذا ما سجل الحكم قام تسجيله مقام تسجيل العقد فى نقلها ، وهذا يقتضى أن يفصل القاضى فى أمر صحة العقد ومن ثم فإن تلك الدعوى تتسع لبحث كل ما يثار من أسباب تتعلق بوجود العقد أو انعدامه وبصحته أو بطلانه ، ومنها أنه صورى صورية مطلقة إذ من شأن هذه الصورية لو صحت أن يعتبر العقد ولا جود له قانونًا فتحول دون الحكم بصحته ونفاذه ، لما كان ذلك فإن الحكم السابق - وهو حكم نهائى يحوز قُوة الأمر المقضى فى شأن صحة العقد - يمنع الخصوم أنفسهم من التنازع فى هذه المسألة بالدعوى الحالية ، ولا يغير من ذلك ما قاله الطاعن من أن الحكم السابق ترك الفصل فى المفاضلة بين العقدين إلى دعوى تثبيت الملكية التى يرفعها أحد الطرفين على الآخر أو ان ، طلب البطلان فى الدعوى الثانية يستند إلى سبب جديد هو صورية العقد ، ذلك أن القضاء السابق بصحة العقد يتضمن حتمًا أنه عقد غير صورى وصحيح ومن شأنه نقل الملكية ولا يعدو أن يكون هذا القول من الطاعن من الأدلة الواقعية والحجج

القانونية وهو وارد على ذات المسألة السابق الفصل فيها فلا يجوز قانونًا النظر فيه إذ أنه متى حاز الحكم قوة الأمر المقضى فإنه يمنع الخصوم فى الدعوى التى صدر فيها من العودة إلى المناقشة فى المسألة التى فصل فيها باية دعوى تالية يثار فيها هذا النزاع ولو بادلة قانونية ولو واقعية لم يسبق اثارتها فى الدعوى الأولى أو اثيرت ولم يبحثها الحكم الصادر فيها ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه حجية الحكم السابق وقضى بقبول الدفع بعدم جواز الطلب الخاص ببطلان العقد المؤرخ ١ / ١ / ١٩٥٣ الصادر لمورث الفريق الأول من المطعون عليهم لسبق الفصل فيه ، فإنه لا يكون مخالفًا للقانون .

(نقض ١ / ٣ / ١٩٦٦ السنة ١٧ ص ٤٩٠)

٣٢ - وحيث أن هذا النعى مردود ، ذلك أنه لما كان يبين من الإطلاع على الحكم الصادر بتاريخ ٢٤ من مايو سنة ١٩٦٣ فى الدعوى رقم ٢٧٦ لسنة ١٩٦٤ فى الدعوى رقم ٢٧٦ لسنة ١٩٦٣ مدنى مركز دمياط أنه وإن قضى بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر إلى الطاعنين من المطعون عليهما التاسع والعاشر إلا أنه وقد ضمن أسبابه رفض طلب المتدخلين - الشفعاء - وقف دعوى صحة التعاقد حتى يفصل نهائيًا فى دعوى الشفعة ورفض طلبهم إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات صورية ذلك العقد لأنه قصد به التحايل لحرمانهم من حقهم فى أخذ العقار المبيع بالشفعة ، واستند الحكم فى ذلك إلى أن الدفع بالصورية الذى يثيرونه هو مما يدخل فى دعوى الشفعة ومطروح فيها ، فإن القضاء بصحة عقد البيع المشار إليه لم يفصل بذلك فى طلب الصورية على وجه يحاج به المطعون عليهم الثمانية الأول ، طالما أنه قد صرح بعدم الإدلاء برايه فى هذا الطلب مقررًا أنه خارج عن نطاق الدعوى المعروضة عليه . لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فهي إذ عرض لبحث صورية العقد المشار إليه لا يعتبر مخالفًا للحكم السابق الصادر بصحته ونفاذه ، ويكون النعى عليه بمخالفة القانون أو القصور فى التسبيب فى هذا الخصوص على غير أساس .

(نقض ١٤ / ٤ / ١٩٧٠ - السنة ٢١ ص ٦١٨)

٣٣ - وحيث أن هذا النعى صحيح ، ذلك أنه يبين من الحكم

المطعون فيه أنه استند فى قضائه إلى قوله « إنه لا محل للجدل القانونى الذى يثيره المستأنف (الطاعن) بأن التصرفات الحاصلة بين الدائن ومدينه وبين المتصرف له أو اختلاف أحكام الصورية بالنسبة للغير وبين المتعاقدين فهذه كلها مسائل لا شأن للنزاع فى حقيقة وبساطة صورته بها ، ذلك أن الواضح أن المستأنف إنما يؤسس دعواه على أنه اشترى من مورثة قطعة أرض بعقد ، ثم استحق من بين هذه القطعة قطعة أخرى لأخرين من الورثة ، وأنه على هذا الأساس يطلب الحكم له بثمن القدر الدى استحق للغير تعويضًا له عن تصرف المورث الذى أجرى التصرفين . فإذا كانت الأوراق قد نطقت بأن العقد الذى يستند إليه قد اعتبر عقدًا صوريًا بحكم ابتدائى واستئنافى له حجيته ، كما أشير فى أسباب ذلك الحكم إلى أن الثمن الذى ورد بالعقد صورى ، بمعنى أن المستأنف لم يدفع شيئًا للأرض التى استحقت لأن عقده كان صوريًا بالنسبة لها ، فإنه يكون من البداهة أن مطالبته بهذا الثمن لا أساس لها » وهذا الذى قرره الحكم خطأ ومخالفة للقانون ، ذلك أن الحكم الذى يقضى بناء على طلب الدائن بصورية العقد الصادر من مدينة للغير لا يكون - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - حجة على صورية هذا العقد فى دعوى المنازعة فى صحته التى تقوم فيما بعد بين طرفيه لإختلاف الخصوم فى الدعويين . وإذ كان الثابت أن الخصوم فى الدعوى رقم ٧٤٨ لسنة ١٩٤٧ كلى سوهاج هم الدائنة برلنتى أحمد البدوى عن نفسها وبصفتها طرفًا مدعيًا والمورث والطاعن المتصرف إليه مدعى عليهما ، وإنه لم تكن هناك خصومة مرددة بين المورث المتصرف والطاعن المتصرف إليه فى شأن صحة العقد . بل تمسك كل منهما بصحته وبطلب رفض دعوى الدائنة بإبطاله ، وكان قيام الدائن بإثبات صورية التصرف الحاصل من مدينة اضرارًا به لا يؤثر على قيام التصرف ذاته فيما بين المتعاقدين ، وكان إثبات صورية التصرف فيما بين هؤلاء وورثتهم لا يكون إلا طبقًا للقواعد العامة فلا يجوز لهم إثبات صورية العقد الثابت بالكتابة بغير الكتابة ، إذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر واكتفى فى قضائه بما زعم من حجية الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٧٤٨ لسنة ١٩٤٧ كلى سوهاج للقول بصورية عقد الطاعن

المسجل ، فأنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث السبب الثانى .

(نقض جلسة ١٦ / ٣ / ١٩٧٢ - السنة ٢٣ ص ٤٢٤)

٣٤ - وحيث أن هذا النعى فى محله ، ذلك أنه وأن كان مفاد نص المادة ٩٣٨ من القانون المدنى أنه إذا صدر من مشترى العقار المشفوع فيه بيع ثان قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإنه يسرى فى حق الشفيع ، ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى أشترى بها ، إلا أن ذلك مشروط بالا يكون البيع الثانى صوريًا ، فإذا إدعى الشفيع صوريته وأفلح فى إثبات ذلك أعتبر البيع الصادر من المالك للمشترى الأول قائمًا وهو الذى يعتد به فى الشفعة دون البيع الثانى الذى لا وجود له ، بما يغنى الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشترى الثانى على أنه يجب أن يتم إثبات الصورية فى مواجهة المشترى الثانى لأنه هو صاحب الشأن الأول فى نفى الصورية وإثبات جدية عقده ليكون الحكم الذى يصدر بشأن عقده حجة عليه أو له ، إذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن عدم توجيه إجراءات طلب الشفعة فى الميعاد إلى المشترى الثانى يترتب عليه عدم قبول الدعوى ولو كان البيع الصادر إليه صوريًا ، وحجب الحكم بذلك نفسه عن الفصل فى صورية العقد الصادر إلى المطعون عليه الأخير والتى لو ثبتت ما كان ثمة ما يدعو الشفيع إلى توجيه طلب الشفعة إليه ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه .

(نقض جلسة ٢٧ / ١١ / ١٩٧٩ - السنة ٣٠ الجزء الأول ص ٧٢)

٣٥ - من المقرر أن الإستئناف لا ينقل الدعوى إلى محكمة الدرجة الثانية إلا بالنسبة لما رفع عنه الإستئناف فقط . ولما كانت محكمة أول درجة قد يحكمها الصادر فى ٢٨ / ٥ / ١٩٧٠ برفض الطلب الأصلى وهو الطعن على عقدى البيع بالصورية النسبية ، ولما صدر الحكم المنهى للخصومة بتاريخ ٣٠ / ٣ / ١٩٧٣ باجابة الطاعنة إلى طلبها الإحتياطى لم تستأنفه وإنما استانفه المطعون عليهم الستة

الأول ، فإن قضاء محكمة أول درجة برفض دعوى الصورية يكون قد حاز قوة الأمر المقضى .

(نقض جلسة ١١ / ٥ / ١٩٧٨ - السنة ٢٩ ص ١٢٢٣)

٣٦ - الحكم الذى يقضى فى دعوى الدائن برفض صورية عقد صدر من مدينة للغير لا يكون - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - حجة على صحة هذا العقد فى دعوى المنازعة فى صحته والتى تقوم فيما بعد بين طرفيه لإختلاف الخصوم فى الدعويين .

(نقض ٢ / ١٢ / ١٩٨٢ - الطعن ٢٥٢ لسنة ٤٩ ق)

رفع دعوى بصحة ونفاذ عدة عقود وصدور حكم فى إحداها بالصورية أو برفضها لا أثر له على باقى العقود

إذا رفعت دعوى بصحة ونفاذ عدة عقود ، وكان موضوع كل عقد مستقل عن الآخر كما إذا صدرت ثلاثة عقود من شخص واحد كل منها بيع قطعة من الأرض منفصلة عن الأخرى فإذا طعن على هذه العقود بالصورية ، واصدرت المحكمة حكمًا بصورية عقد منها أو رفض الصورية ولم تفصل فى باقى العقود بحكم نهائى لأنها احالتها إلى التحقيق أو غير ذلك واستؤنف الحكم الصادر بالصورية أو نفيها وأصبح الحكم نهائيًا قبل أن تفصل المحكمة فى موضوع صورية باقى العقود ، فإن هذا الحكم لا يقيد المحكمة ما دام موضوع كل عقد مستقل عن باقى العقود على النحو السابق بيانه .

أحكام النقض :

وحيث أن النعى فى شقه الأول مردود ، ذلك أن الحكم الصادر بين نفس الخصوم لا يكون حجة عليهم فى دعوى أخرى إلا إذا إتحدت الدعويان فى الموضوع والسبب ، ولما كانت عقود البيع المؤرخة ٢٥ / ١٠ / ٦٠، ١٤ / ١١ / ٦٢ ، ٥ / ١١ / ١٩٦٣ ، ٧ / ١١ / ١٩٦٢ هى تصرفات قانونية مستقلة تمامًا عن بعضها ، فإن مجرد التمسك بصورية جميع هذه العقود وصدور حكم نهائى برفض هذا الدفاع بالنسبة لواحد منها لا يقيد المحكمة عند الفصل فى صورية

باقى العقود . إذ كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدعوى بصحة ونفاذ العقود الثلاثة الأولى لا يكون قد صدر على خلاف حكم سابق . والنعى فى شقه الثانى غير سديد ، ذلك أنه متى إنفرد بعض المحكوم عليهم باستئناف الحكم ولو كان موضوع النزاع غير قابل للتجزئة ، فإن المستأنفين يستفيدون من استئنافهم ويجب على محكمة الإستئناف أن تفصل فيه غير مقيدة بالحكم الإبتدائى الذى لم يستأنفه المحكوم عليهم .

(نقض جلسة ١٩٨٠/٣/٢٥ - السنة ٣١ ص ٨٩٤)

الباب الثالث

أهم العقود والتصرفات القانونية
التى ترد عليها الصورية

الفصل الأول
صورية عقود البيع

١ - بيع العقار لمشتر ثان :

من صور الصورية فى عقد البيع أن يبيع مالك العقار عقارة بعقد عرفى وقبل أن يسجل المشترى عقده يبيع العقار مرة أخرى بيعًا صوريًا لمشتر ثان بغية تضييع الصفقة على المشترى الأول لأى سبب من الأسباب كان يقصد الإستيلاء على الثمن والتحلل من عقد البيع وكما إذا تبين له أنه غبن فى الثمن ويريد عدم انفاذ العقد وحينئذ يبادر المشترى الثانى بتسجيل عقده قبل أن يسجل المشترى الأول أو يرفع دعوى بصحة ونفاذ عقده ويسجل صحيفتها قبل أن يسجل المشترى الأول صحيفة الدعوى التى رفعها بدورة على البائع بصحة ونفاذ عقده وفى هذه الحالة يجوز للمشترى الأول أن يطعن على عقد المشترى الثانى بالصورية رغم تسجيله وله أن يثبت الصورية بكافة طرق الإثبات بما فيها القرائن وذلك تمهيدًا لإزالة عقده المسجل من الوجود تمهيدًا لتسجيل عقده هو بعد الحكم بصحته ونفاذه ذلك أنه من المقرر أن التسجيل لا يصحح عقدًا باطلاً وأن إعمال الإسبقية فى التسجيل مشروط الا يكون أحد العقدين صوريًا صورية مطلقة وتكون وسيلته فى الطعن بالصورية آحد طريقين .

الأول : أن يرفع دعوى يطلب فيها الحكم بصحة ونفاذ عقده وبطلان عقد المشتر الثانى المسجل ويدخل فيها البائع والمشترى الأول فإذا قضت المحكمة بذلك كان له أن يؤشر بهذا الحكم على هامش تسجيل صحيفة دعواه إن كان قد سجلها أو يسجل الحكم إذا كان لم يسبق له تسجيل الصحيفة .

ثانيًا : أن يتدخل فى الدعوى التى أقامها المشترى الثانى بصحة ونفاذ عقده والتى سجل صحيفتها تدخلا اختصاميًا (هجوميًا) ويطلب

فيها الحكم بصحة ونفاذ عقده هو وببطلان عقد المشترى الثانى لصوريته .

والبيع الصورى على النحو الانف البيان يكون فى معظم الأحوال لزوج البائع أو أحد أقاربه ويكون من السهل إثبات الصورية لأن القصد منها يكون ظاهرًا فى أغلب الأحيان .

أما إذا كان عقد البيع الثانى عقدًا حقيقيًا وسجل المشترى الثانى عقده قبل تسجيل عقد المشترى الأول أو سجل المشترى الثانى صحيفة دعوى صحة ونفاذ عقده قبل أن يسجل المشترى الأول صحيفة دعواه - فإن الملكية تنتقل إلى المشترى الثانى بالتسجيل حتى ولو كان العاقدان متواطئين كل التواطئو ما دام أن العقد جدى وقد سبق لنا أن تحدثنا فى شرح الدعوى البوليصية عن الفرق بين الصورية والتواطؤ .

احكام النقض :

١ - وحيث أن الحكم المطعون فيه قد أورد فى أسبابه قوله « إن شاهدى المطعون عليه الثانى قد شهدا فى صراحة أن عقد المستأنفة (الطاعنة) صورى لم يدفع فيه ثمن وقد حرر بين الأخ وأخته كيداً للمستأنف عليه الثانى (المطعون عليه الثانى) بقصد حرمانه من الأطيان التى اشتراها ووضع اليد عليها ، وفى هذه الأقوال الصريحة مايكفى لاطمئنان المحكمة وتكوين عقيدتها من صورية عقد المستأنفة (الطاعنة) فإذ أضيف إلى هذه الأقوال القرينة المستفادة من علاقة المستأنفة بالمستأنف عليه الأول (المطعون عليه الأول) وتلك المستفادة من تراخيها فى رفع دعواها أكثر من عامين رغم علمها بوضع يد المستأنف عليه الثانى (المطعون عليه الثانى) على الأطيان المبيعة وكذلك تقديمها عقد صلح فى الدعوى وسحبه منها ، فإذا أضيف كل ذلك لكانت النتيجة التى خلصت إليها محكمة أول درجة نتيجة سليمة وسائغة ولها مايساندها من أقوال الشهود والقرائن ، كما أن شاهدى الإثبات قد شهدا بأن الاطيان المبيعة إلى المستأنف عليه الثانى هى بذاتها التى بيعت صورياً للمستأنفة كما شهدا بموقعها ، وأضاف الشاهد الثانى أنه جار لهذه الأطيان وأن المستأنف عليه الثانى يضع اليد عليها ، وأما

ماذهبت إليه المستأنفة من صدور حكم لمصلحتها من محكمة القضاء الادارى بشأن أسبقية تسجيل عريضة دعواها فإنه فضلاً عن أن المستأنف عليه الثانى قد أنكره فإنها قد قعدت عن تقديم الدليل على ذلك بالإضافة إلى أنه بفرض صحة ما ذهبت إليه فإن ذلك لا يمنع من القضاء بصورية عقدها ولو كان مسجلاً » . ولما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن تقدير أقوال الشهود فى الدعوى واستنباط القرائن القضائية فيها من المسائل الموضوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع ويعتمد عليها فى تكوين عقيدته ولا رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض متى كان ما استخلصه منها من شأنه أن يؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها ، وكان الحكم المطعون فيه وعلى ماسلف البيان قد استند فى استظهار الصورية المدعى بها وتفنيد ما أثارته الطاعنة من مطاعن فى هذا الشأن إلى إعتبارات سائغة اعتمد فيها على ما استخلصه من أقوال الشهود الذين سمعتهم محكمة أول درجة بما لا يخرج عن أقوالهم التى أوردها الحكم ومن القرائن القضائية التى ساقها والتى من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى إنتهى إليها ، فإن المجادلة فى ذلك لا تخرج عن كونها مجادلة فى تقدير الدليل وهو مالا رقابة لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فيه . لما كان ذلك ، وكان لامجال لأعمال الأسبقية فى التسجيل إذا كان أحد العقدين صورياً صورية مطلقة وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى بأسباب سائغة وعلى ماسلف القول إلى أن عقد الطاعنة صورى صورية مطلقة فإنه لا يكون ثمة محل للفاضلة بينه وبين عقد المطعون عليه الثانى إستناداً إلى أسبقية تسجيل صحيفة دعواها . لما كان ما تقدم فان الحكم المطعون فيه إذ أخذ بهذا النظر لا يكون قد خالف القانون ، ومن ثم فإن النعى عليه بهذا السبب بجميع ما تضمنه يكون غير سديد .

وحيث إن الطاعنة تنعى بالسبب الأول على الحكم المطعون فيه القصور فى التسبيب ، وفى بيان ذلك تقول إنها قدمت إلى محكمة الموضوع شهادة من الجمعية الزراعية التعاونية ببلدة الكنيسة مركز الجيزة بمقدار ما يحوزه المطعون عليه الثانى من أطيان زراعية فى تلك البلدة ، وذلك للتدليل بها على كذب شاهديه فيما قرراه بشأن وضع يده

على أطيان النزاع ، غير أن الحكم المطعون فيه أغفل التحدث عن هذا المستند ، كما أنه لم يرد على ما دفعت به الطاعنة من عدم الاعتداد بعقد المطعون عليه الثانى لصوريته وهو ما يعيب الحكم بقصور يبطله .

وحيث إن هذا النعى مردود فى شقة الأول ، ذلك أنه لما كان يبين من الحكم المطعون فيه وعلى ماسلف بيانه فى الرد على البيان السابق أنه أقام قضاءه بصورية عقد الطاعنة على أقوال الشهود وقرائن الأحوال التى استخلصها من وقائع الدعوى وعناصرها ، وهى أدلة وقرائن تكفى لحمل النتيجة التى انتهى إليها فلا على الحكم إن هو لم يتحدث عن الشهادة الصادرة من الجمعية الزراعية لأنه – وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة – لا يعيب الحكم أنه لم يتحدث عن بعض القرائن التى ساقها الخصم لتجريح شهادة الشهود التى أخذت بها المحكمة بعد أن اطمأنت إليها مادامت هذه القرائن غير قاطعة فيما أريد الاستدلال بها عليه ومادام تقديرها خاضعاً لسلطة محكمة الموضوع . والنعى فى شقه الثانى غير مقبول ذلك أن الثابت من أوراق الدعوى أن الطاعنة قد تنازلت ضمناً فى الاستئناف المرفوع منها عن الحكم الابتدائى عن دفاعها الذى سبق أن أثارته أمام محكمة أول درجة من عدم الاعتداد بعقد المطعون عليه الثانى لصوريته ، وذلك لتمسكها أمام محكمة الاستئناف بأن عقدها يفضل ذلك العقد لأسبقية تسجيل صحيفة دعواها . ومن ثم فإن هذا الدفاع منها أمام محكمة النقض يعتبر سبباً جديداً لا يجوز إبداؤه لأول مرة .

وحيث إنه لما تقدم بتعيين رفض الطعن (نقض ٦ / ٢ / ١٩٧٣ سنة ٢٤ العدد الأول ص ١٤٤) .

٢ – وحيث أن الحكم المطعون فيه حصل أقوال شاهدى المطعون عليهم من الأول إلى الثانية عشر ... و .... بأنه « قد شهد أولهما إنه حرر عقد بيع صادر من المورث إلى إبنه ... عن نفسه بمساحة فدانين وثلث حديقة مانجو بثمن قدرة ثلاثة آلاف جنيه وسبعة آفدنة أرضاً زراعية لأولاده القصر بسعر الفدان ٧٠٠ ج وأقر البائع أمامه بقبض الثمن ووقع على العقد وأضاف أن المورث طلب منه تحرير عقد بيع ولم يطلب منه تحرير وصية وأنه تنفيذاً لطلبه حرر عقد بيع بات وقع عليه

البائع ثم باشر - أى الشاهد - إجراءات تسجيله كما أوضح أن من يدعى ... كان حاضر المجلس العقد ، وقد شهد الشاهد الثانى ... ... إنه حضر مجلس العقد الذى تم فيه بيع المورث لابنه ... تسعه أفدنة أرضاً زراعية مقابل ثمن قدره ٧٠٠٠ جنيه شاهد المشترى يدفعه للبائع فى إحدى غرف المنزل بعيداً عن المكان الذى يجلس فيه كاتب العقد ، وكان البين من التحقيق الذى أجرته محكمة الاستئناف أن الشاهد الأول شهد بأنه حرر عقد البيع المذكور ، وسأل البائع فأقر بقبضة الثمن وأثبت بالعقد سداده وشهد الشاهد الثانى أنه شاهد المشترى والبائع يقومان بعد نقود وعلم إنها ثمن الأرض المبيعة وقرأ محرر العقد عقد البيع الذى حرره وسأل البائع فأقر بقبضه الثمن ، وكان ماحصله الحكم المطعون فيه من أقوال الشاهدين لأخروج فيه عما يؤدى إليه مدلولها ، وكان تقدير شهادة الشهود واستخلاص الواقع منها مما تستقل به محكمة الموضوع ولها أن تأخذ بمعنى للشهادة دون معنى تحتمله أيضاً طالما أن المعنى الذى تأخذ به لا يتجافى مع مدلول الشهادة ، لما كان ذلك فان مايثيره الطاعن فى الشق الأول من هذا السبب لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض ، والنعى فى شقة الثانى غير صحيح ذلك أن الثابت من التحقيق آنف الذكر أن الشاهد الأول ... ... قرر أن الشاهد الثانى ... ... كان حاضراً مجلس العقد ومن ثم فإن النعى بهذا الشق يكون فى غير محله .

وحيث إن حاصل النعى بالسبب الثانى أن الحكم المطعون فيه شابه القصور فى التسبيب ذلك أن الطاعن دفع بصفته خلفا خاصا للبائع بصورية العقد المؤرخ ٥ / ١ / ١٩٦٩ صورية مطلقة واستدل على هذا الدفع بعدة قرائن منها أن محرر العقد ... شهد بأن ثمناً لم يدفع لقاء البيع فضلاً عن ضآلة الثمن الوارد بالعقد وأن المتصرف قرر بصورية العقد وظل محتفظاً بوضع يده على الأطيان محل العقد ولم تكن به حاجة إلى بيعها وأن المتصرف إليهم لا تسمح حالتهم المالية بدفع الثمن غير أن الحكم المطعون فيه لم يعرض لهذا الدفاع وأغفل بحث المستندات التى إستند إليها الطاعن فى هذا الشأن وعرض لدفاع الطاعن المبنى على الدفع بصورية العقد المذكور لانطوائه على وصية وأخذ بشهادة شاهدى

المطعون عليهم من الأول إلى الثانية عشرة بأن التصرف كان بيعاً باتا مقابل الثمن المحدد بالعقد الذى قبضه البائع فى وقت إبرام العقد رغم تعييب ماحصله الحكم من شهادتهما على النحو المبين بالسبب الأول ، فيكون الحكم معيباً بالقصور فى التسبيب .

وحيث إن هذا النعى مردود ، ذلك إنه وإن كان الطاعن يعتبر من الغير بالنسبة للعقد المؤرخ ٥ / ١ / ١٩٦٩ فى حدود القدر الذى اشتراه بموجب العقد الذى صدر حكم بصحته ونفاذه وسجل فى ٦ / ٤ /١٩٧٠ وله باعتباره خلفاً خاصاً للبائع أن يطعن بصورية العقد الأول صورية مطلقة بالنسبة للقدر المبيع له ، إلا أنه لما كان الثابت أن محكمة الاستئناف أحالت الدعوى إلى التحقيق تمكيناً للطاعن من إثبات مايدعيه ، وكان البين من الحكم المطعون فيه - وعلى نحو ماسلف بيانه فى الرد فى السبب الأول - أنه حصل أقوال شاهدى المطعون عليهم من الأول إلى الثانية عشرة بما لا خروج فيه على مدلولها ووازن بينها وبين أقوال شهود باقى الخصوم وقرر أن « المحكمة تطمئن إلى أقوال شاهدى المستأنفين فى الاستئناف رقم ٢٨٩ سنة ١٥ ق وهما - ... و ... نظراً لأن شهادتهما بنيت على علم يقينى من واقع المشاهدة لا عن طريق النقل أو السماع عن الغير كما اتفقت مع ماديات الدعوى وعناصرها المطروحة دون أى تعارض أو لبس أو غموض كما لم يعتريها مااعترى أقوال باقى من سمعت شهادتهم من عدم تيقن وتشكيك فيما أخبروا به وتضارب فى الأقوال ، وخلص الحكم من ذلك إلى ترجيح أقوال شاهدى المطعون عليهم المذكورين والتى مفادها أن المورث - ... ... باع الأطيان محل العقد المؤرخ ٥ / ١ ١٩٦٩ بيعاً باتاً مقابل الثمن المحدد به والذى قبضه وقت تحرير العقد وقرر الحكم أن باقى الخصوم ومن بينهم الطاعن عجزوا عن النيل من العقد المذكور وجاءت أقوال الشهود الذين ركنوا إلى شهادتهم قاصرة عن إثبات ما ادعوه واستندوا إليه فى أسباب استئنافهم ولم يثبتوا صوريته . وكان هذا الذى أورده الحكم المطعون فيه وأقام عليه قضاءه من شأنه أن يؤدى إلى النتيجة التى إنتهى إليها ويكفى لحمل قضائه فى هذا الشأن وفيه الرد الضمنى المسقط لما ساقه الطاعن من قرائن لإثبات طعنه بصورية ذلك العقد ، وكانت محكمة

الموضوع غير مكلفة بأن تورد كل حجج الخصوم وتفندها طالما آنها أقامت قضاءها على ما يكفى لحمله ، لما كان ذلك فإن مايثيره الطاعن بهذا السبب يكون على غير أساس .

وحيث إن الطاعن ينعى بالسبب الثالث على الحكم المطعون فيه أنه أخطأ فى تطبيق القانون وشابه القصور فى التسبيب ، ذلك أنه تمسك أمام محكمة الموضوع بعد وفاة مورثه بالنعى على عقد البيع موضوع النزاع بأنه بفرض أنه بيع جدى وليس صورياً صورية مطلقة فهو فى حقيقته ينطوى على وصية لأنه صادر لوارث وقد ظل المورث - البائع - محتفظاً بحيازة الأطيان المبيعة ومنتفعاً بها مدى حياته مما تتوافر به القرينة القانونية المنصوص عليها فى المادة ٩١٧ من القانون المدنى وإستند فى ذلك إلى القرائن السالف ذكرها فى السبب الثانى والتى ساقها للتدليل على صورية العقد صورية مطلقة غير أن الحكم المطعون فيه أطرح هذا الدفاع الجوهرى وحجب نفسه عن بحث دفاع الطاعن المؤسس على رجوع المورث عن وصيته مما يعيبه بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب .

وحيث أن هذا النعى فى غير محله ، ذلك أن محكمة الاستئناف أحالت الدعوى إلى التحقيق تمكيناً للطاعن من إثبات طعنه بأن العقد المؤرخ ٥ / ١ / ١٩٦٩ صورى وأنه فى حقيقته وصية رجع عنها الموصى حال حياته ثم اقامت قضاءها بنفى صورية العقد وبأنه كان بيعا باتاً مقابل الثمن المحدد به والذى قبضه البائع فى وقت إبرام العقد على ما خلصت إليه من أقوال الشهود ومااطمأن إليه وجدانها على النحو الذى سلف بيانه فى الرد على السببين السابقين وقد أقامت قضاءها فى هذا الشأن على أسباب سائغة تكفى لحمله ومن ثم فإن مايثيره الطاعن فى هذا السبب لا يعدو أن يكون جدلاً فى تقدير المحكمة للادلة مما لا يجوز إبداؤه أمام محكمة النقض .

وحيث أن الطاعن ينعى بالسبب الرابع على الحكم المطعون فيه أنه أخطأ فى تطبيق القانون ، وفى بيان ذلك يقول إنه الغى الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض طلب التسليم بالنسبة للقدر المبيع للطاعن بموجب العقد الذى حكم بصحته ونفاذه وسجل الحكم تأسيساً على أن التسليم

اثر من آثار البيع وأن المطعون عليهم من الأول إلى الثانية عشر سجلوا صحيفة دعواهم قبل أن يسجل للطاعن الحكم بصحة ونفاذ العقد الصادر له عن مساحة ٢ ف ٨ ط ٢ س فى حين أن الطاعن يضع يده على تلك المساحة ، ومجال الحكم بالتسليم باعتباره أثراً من آثار البيع إنما يكون فى العلاقة بين البائع والمشترى وليس بالنسبة للغير الذى اكتسب حقاً على المبيع ، والطاعن قد تسلم الأطيان المذكورة بناء على عقده المسجل الذى إنتقلت إليه ملكيتها بموجبة فلا يجوز الحكم بتسليمها إلى المطعون عليهم أنفى الذكر لأن التسجيل لا يرتب اثره بمجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد بل يجب التأشير بمنطوق الحكم الصادر فيها وإذ قضى الحكم المطعون فيه بتسليم الأطيان المبيعة للطاعن إلى المطعون عليهم من الأول إلى الثانية عشرة قبل التأشير بمنطوق الحكم الصادر لهم بصحة التعاقد إكتفاء بأنهم قاموا بتسجيل صحيفة الدعوى فإنه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون مما يوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعى فى محله . ذلك أن شخصية الوارث - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - تعتبر مستقلة عن شخصية المورث وتتعلق ديون المورث بتركته لابذمة ورثته ولايقال بأن التزامات المورث تنتقل إلى ذمة الوارث لمجرد كونه وارثاً إلا إذا أصبح الوارث مسئولاً شخصياً عن التزامات المورث كنتيجة لاستفادته من التركة ، وتبعاً لذلك لا يعتبر الوارث الذى خلصت له ملكية أعيان التركة أو جزءاً منها قبل وفاة مورثة مسئولا عن التزامات هذا الأخير قبل من تعامل معه بشأنها ولم تنتقل إليه ملكيتها بعد ويعتبر هذا الوارث شأنه شأن الغير فى هذا الخصوص . لما كان ذلك ، وكان الطاعن قد آلت إليه ملكية الأطيان البالغ مساحتها ٢ ف و ٨ ط و ٢ س بموجب عقد بيع صدر حكم بصحته ونفاذه وسجل الحكم وباع مورثه هذه الأطيان للمطعون عليهم من الأول إلى الثانية عشرة وفقاً لما سلف بيانه فإن الطاعن لا يكون ملزماً بتسليمهم الأطيان المذكورة كأثر من آثار عقد البيع الصادر لهم ، هذا إلى أن التسجيل - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - لا يترتب عليه أثره إلا من تاريخ تسجيل العقد أو الحكم الذى من شأنه إنشاء

حق الملكية أو أى حق عينى آخر على عقار أو نقله ، وأن القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقارى إذ أجاز بنص الفقرة الثانية من المادة ١٥ منه تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية ورتب على التأشير بمنطوق الحكم الصادر فيها طبقاً للقانون إنسحاب أثر الحكم إلى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى إنما قصد حماية أصحاب هذه الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق على ذات العقار المبيع بعد تسجيل صحيفتها ، ولم يقصد أن يرتب على مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد انتقال الملكية قبل التأشير بالحكم الذى يقرر حق المدعى فيها ، فتسجيل المطعون عليهم من الأول إلى الثانية عشر صحيفة دعوى صحة التعاقد لا يترتب عليه انتقال ملكية المبيع لهم قبل التأشير بالحكم الصادر فى تلك الدعوى طبقاً للقانون وهو ماخلت الأوراق مما يفيد تمامه ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بالزام الطاعن بتسليم المطعون عليهم من الاول إلى الثانية عشرة الأطيان البالغ مساحتها ٢ ف و ٨ ط و ٢ س سالفة البيان فان يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون مما يستوجب نقضه فى هذا الخصوص . (نقض ٢٣ / ١٢ / ١٩٨٠ سنة ٣١ الجزء الثانى ص ٢١٠٢)

٣ – للمشترى الذى لم يسجل عقده ان يتمسك بصورية عقد المشترى الآخر صورية مطلقة ، حتى ولو كان هذا الاخر قد سجل عقده ، ليتوصل بذلك الى محو هذا العقد من الوجود اذ انه بصفته دائناً للبائع فى الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر اليه يكون له التمسك بتلك الصورية « نقض ١٧ / ١ / ١٩٨٥ طعن رقم ٩٠٧ لسنة ٥١ قضائية ، نقض ٨ / ٦ / ١٩٨٤ طعن رقم ١٤٤٧ لسنة ٥٠ قضائية ، نقض ١٨ / ٤ / ١٩٨٥ طعن رقم ٢١٢ لسنة ٥٢ قضائية » .

٤ – وحيث إن هذا النعى فى محله ذلك أنه يبين من الأوراق أن الطاعن تمسك فى مذكرته المقدمة إلى محكمة الاستئناف لجلسة ٥ نوفمبر سنة ١٩٦٠ والمقدمة صورتها الرسمية بملف الطعن بما جاء بمذكرته المقدمة لمحكمة الدرجة الأولى التى طعن فيها بالصورية المطلقة على العقد المسجل فى ١٦ من يونية سنة ١٩٥٦ والصادر من بعض ورثة ميخائيل برسوم إلى المطعون ضده الثانى – متضمناً بيع هؤلاء الورثة له ٢٢ ط

و ١٢ س شائعة – والذى استند اليه المطعون ضدهما الأولان فى منازعتهما للطاعن فى دعواه وقد بين الطاعن فى مذكرته هذه الأسانيد التى يعتمد عليها فى طعنه بهذه الصورية ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد أغفل بحث هذا الدفاع والرد عليه بل ولم يشر اليه فى أسبابه مع أنه دفاع جوهرى من شأنه لو صح أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى إذ لو ثبتت صورية ذلك العقد صورية مطلقة حسبما يدعى الطاعن فان هذا العقد يكون باطلاً ولا يترتب عليه نقل ملكية القدر الوارد فيه إلى هذين المطعون ضدهما ولو كان مسجلاً إذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقداً باطلاً ومتى أضحى المطعون ضدهما المذكوران غير مالكين لذلك القدر فقد أسند منازعتهما للطاعن فى دعواه ذلك أنهما بعد أن تخليا فى استئنافهما عن التمسك بعقد البيع الإبتدائى المؤرخ ٣ / ٤ /١٩٥٥ الصادر اليهما من المطعون ضده الثالث لم يبق لهما من سند أو شأن فى منازعة الطاعن فى دعواه سوى ما قالا به من أنهما يمتلكان بموجب العقد المسجل فى ١٦ من يونية سنة ١٩٥٦ بعض الأطيان التى يشملها عقد الطاعن الذى رفع به دعواه وأن لهما بهذه الصفة أن يدافعا عن ملكهما فاذا تبين أن عقدهما الذى يستندان اليه فى تلك المنازعة لا وجود له قانوناً وبالتالى غير مملك لهما كانت هذه المنازعة منهما غير مقبولة كما يصبح ولامحل للمفاضلة التى أجراها الحكم المطعون فيه بين عقد الطاعن وعقد المطعون ضدهما الأولين لأن إعمال هذه المفاضلة لا يكون إلا بين عقدين صحيحين . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد عول فى قضائه على عقد ١٦ يونية سنة ١٩٥٦ الذى طعن فيه الطاعن بالصورية المطلقة فإن إغفال هذا الحكم بحث دفاع الطاعن المتضمن صورية هذا العقد صورية مطلقة يجعله مشوباً بالقصور بما يستوجب نقضه دون حاجة لبحث السبب الثانى من سببى الطعن . (نقض ٢٧ / ٥ / ١٩٦٥ سنة ١٦ ص ٦٥٥) .

٥ – وحيث إن هذا النعى غير سديد ، ذلك أن تصرف الأب بالبيع المنجز فى عقار يملكه إلى إبنه القاصر يعتبر تصرفاً صحيحاً ونافذاً سواء كان فى حقيقته بيعاً أو هبة مستترة فى صورة عقد بيع . وبتسجيله تنتقل ملكية العقار المبيع إلى القاصر ، ولا يترتب على ثبوت صورية الثمن .

سوى إعفاء الأب من تقديم حساب عن هذا العقار ومن الحصول على إذن من محكمة الأحوال الشخصية عند تصرفه فيه بصفته ولياً شرعياً على ابنه القاصر وذلك بالتطبيق لنص المادة ١٣ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فى شأن الولاية على المال فاذا تصرف الأب بصفته ولياً شرعياً على ابنه القاصر فى ذات العقار بعقود متعددة ولاشخاص مختلفين فان المفاضلة بينهم تجرى على أساس أسبقية تسجيل عقودهم ، ولا محل لإعمال حكم المادة ٢٤٤ / ٢ من القانون المدنى بتفضيل المتمسك بالعقد الظاهر على المتمسك بالعقد المستتر ذلك أنه إذ نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ من القانون المدنى على أنه إذا أبرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص ، متى كانوا حسنى النية أن يتمسكوا بالعقد الصورى كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم ، فقد دلت على أن مجال تطبيق هذا النص يكون عند أختلاف شخص المتصرف فى كل من العقدين محل المفاضلة بحيث يكون أحدهما صاحب حق ظاهر والآخر صاحب الحق المستتر . ومن ثم فإنه إذا كان الشىء محل التصرف مملوكاً لشخص واحد وتصرف فيه بعقود متعددة إلى آشخاص مختلفين فإن المفاضلة بينهم تجرى على أساس أسبقية تسجيل عقودهم فحسب ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فانه يكون قد أصاب صحيح القانون ، ولا يعيبه ما استطرد اليه تزيدا من عدم توافر شروط تطبيق المادة ٢٤٤ / ٢ من القانون المدنى فى حق الطاعنين لسوء نيتهم ذلك أن الحكم يستقيم بدون هذا الاستطراد الزائد عن حاجة الدعوى ، كما لا يقبل من الطاعنين النعى على الحكم المطعون فيه بالقصور لعدم الرد على ماورد بالمذكرتين المقدمتين منهم بجلستى ١٨ / ١١ / ١٩٧٦ ، ٢ / ٤ / ١٩٧٧ إذ لم يبينوا فى صحيفة طعنهم أوجه هذا الدفاع الجوهرى الذى تضمنته هاتان المذكرتان فجاء نعيهم مجهلا ويكون النعى بهذين السببين على غير أساس . (نقض ١٩ / ٥ / ١٩٨٠ سنة ٣١ الجزء الثانى ص ١٤٣١ .

٦ – انتقال ملكية العقار بالتسجيل ولو تم بالتواطؤ بين مشترى وبائع لا يشوب ملكيته عيب . القضاء ببطلان عقد البيع وتسجيل

صحيفة الدعوى للتواطؤ دون تقرير صورية العقد . خطأ وقصور .
(نقض ٣٠ - ١١ - ١٩٨٣ طعن رقم ١٧٨٣ لسنة ٤٩ قضائية) .

مجرد علم المشترى اللاحق بالبيع السابق لا يصلح قرينه على صورية عقد البيع اللاحق :

اذا باع شخص عقار للمشترى الأول ثم باع نفس العقار بعد ذلك لمشتر ثان وثبت ان المشترى الثانى كان يعلم بالبيع الأول فان ذلك لا يصلح قرينة على صورية عقد البيع الثانى .

احكام النقض :

وحيث ان هذا النعى فى محله ذلك أنه ولئن كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة من أن للغير أن يثبت الصورية بجميع طرق الإثبات ومنها القرائن وتقدير القرائن من الأمور الموضوعية التى لارقابة لمحكمة النقض عليها متى كان هذا التقدير سائغا وأنه لا تعارض بين أن يكون المشترى فى حالة تمكنه من دفع الثمن وأن يكون الشراء الحاصل منه صورياً إذ لا تلازم بين حالة الأعسار وصورية العقد وكان من حق قاضى الموضوع وهو فى مقام الموازنة بين أدلة الإثبات وأدلة النفى فى الدعوى أن يأخذ ببعضها ويطرح البعض الآخر إلا أنه يتعين أن يرد الحكم بأسباب خاصة صريحة على كل دفاع جوهرى يتغير بتحققه وجه الرأى فى الدعوى والإ كان قاصراً ، ولما كان الثابت من مدونات الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه أنه استخلص صورية عقد الطاعنة من سابقة علمها بحصول البيع إلى المطعون ضدهم الخمسة الأول لما بينها وبين البائع من علاقة استمرت حتى تمام زواجها فى ٤ / ٨ / ١٩٧٧ فضلاً عن أن حالتها لم تكن تسمح بالوفاء بالثمن ، وكانت صورية الثمن وإن كانت دليلاً على صورية العقد صورية نسبية إلا أنها ليست دليلاً على الصوريه المطلقة ، وكان الثابت من الأوراق أن عقد الطاعنه سابق على عقد المطعون ضدهم الخمسة الأول وليس لاحقاً عليه ، فضلاً عن أن مجرد علم الطاعنة بالبيع السابق لا يصلح قرينه على صورية عقد البيع اللاحق ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه

بصورية العقد على مجرد ماساقه من أسباب ودون أن يرد على دفاع الطاعنة الذى يتغير بتحققه وجه الرأى فى الدعوى يكون معيباً بالقصور يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن (نقض ٢٣ / ٦ / ١٩٨٥ طعن رقم ٩٧٩ لسنة ٥٢ قضائية .

٢ - صورية الثمن فى عقد البيع :

الثمن هو مبلغ من النقود يدفعه المشترى فى مقابل انتقال الحق المبيع اليه وهو ركن من أركان عقد البيع ، فاذ انعدم لم ينعقد البيع . ويجب ان يكون الثمن حقيقياً : ومعنى اشتراط ان يكون الثمن حقيقياً أن تكون أرادة البائع قد اتجهت وقت العقد الى اقتضائه بالفعل .

ولذلك يكون الثمن غير حقيقى اذا ثبت ان البائع لم يقصد مطالبة المشترى بالثمن وهذا القصد قد يكون ظاهرا فى العقد ذاته كما لو نص فيه على ان البائع لن يطلب الثمن ، أو قد يستفاد من ظروف الحال كما لو ثبت من حالة المشترى المالية وقت البيع انه لا يمكنه دفع الثمن أو أن البائع بالتالى لم يكن يقصد الى مطالبته به وهذا هو الثمن الصورى .

فالثمن الصورى هو ذلك الثمن الذى لا يقصد المشترى دفعه ولا البائع اقتضاءه وانما ذكر فقط فى العقد اظهاراً له فى صورة البيع ، وهذا الثمن لا ينعقد به البيع لان الثمن ركن من اركان البيع ، وانما قد يعتبر العقد هبة .

(د . عبد المنعم البدراوى - عقد البيع - ص - ٢٠٦) .

ومن القرائن القوية على الصورية ان يكون عجز المشترى عن دفع الثمن واضحاً كل الوضوح بحيث لايعقل ان يكون البائع قد أخذ الامر على محمل الجد وان الثمن المذكور فى العقد ليس الا ثمناً صورياً والعقد ليس إلا تبرعاً .

كما انه لا يجوز ان يستفاد دائماً من مجرد اعسار المشترى وعلم البائع بهذا الاعسار ان الثمن صورى ليس فى نية البائع تقاضيه .

اما العكس غير صحيح ، فقد يكون المشترى فى حالة تمكنه من دفع الثمن ويكون مع ذلك الشراء الحاصل منه صورياً ، اذ لا تلازم بين حالة الاعسار وصورية العقد ، فاذا اقتنعت المحكمة بأن تصرفاً ما كا.

صورياً ، فليس هناك مايحتم عليها ان تعرض بالبحث للمستندات المقدمة من المشترى اثباتاً ليسره ومقدرته على دفع الثمن ، فان هذا لا يقدم ولا يؤخر . (نقض مدنى ٢ يناير ١٩٤١ مجموعة عمر ص ٢٩٦ ، د - السنهورى هامش ص ٣٨٤) .

ولا يكفى لاعتبار الثمن صورياً مجرد خلو العقد من اثبات دفعه عند التعاقد ، لان ذلك لا ينفى التزام المشترى بدفعة عند المطالبة ، وكذلك لا يعتبر الثمن صورياً لمجرد نزول البائع عنه بعد البيع لأن العبرة بحقيقة الثمن وقت البيع . فمتى انعقد البيع وثبت للبائع الحق فى الثمن ، فليس هناك ما يحول دون ابرائه المشترى منه ، وهو اذا فعل لم يكن لذلك أثر على البيع ، انما يجب الايثبت ان البائع لم يكن متفقاً مع المشترى على هذا النزول وقت العقد ، والا كان العقد هبه مستورة فى صورة بيع .

وإذا ذكر الثمن فى عقد البيع مع ابراء المشترى منه أو هبته اياه ،فان العقد فى هذه الحالة لا يصح ان يكون ساتراً لهبة ، لأن القانون وان أجاز أن يكون العقد المشتمل على الهبة موصوفاً بعقد آخر ، الا أنه يشترط ان يكون هذا العقد مستوفياً الاركان والشرائط اللازمة لصحته .

وصورية الثمن ، اى انعدامه ، يمكن اثباتها طبقاً للقواعد العامة . ففيما بين الطرفين لا يجوز اثباتها الا بالكتابة متى كان العقد المتضمن ذكر الثمن مكتوباً . اما بالنسبة للغير فيجوز ان تثبت صورية الثمن بكل الطرق .

وهذه الصورية قد تكون ظاهرة فى العقد نفسه كما لو ابرأ البائع المشترى من الثمن فى العقد أو وهبه له أو ترك دفعه لمحض ارادته . ولكن الغالب الا تكون صورية الثمن ظاهرة ، وعندئذ يستطيع الغير اثباتها بجميع الطرق بما فيها البنية والقرائن . كما لو كان المشترى فى حالة لا تمكنه من دفع الثمن كبيع صادر من أب أو جد لطفل لا يملك شيئاً . رغم انه لا تلازم بين قدرة المشترى وعدم صورية الثمن .

وكذلك الحال اذا كان الثمن تافها . فاذا ابرم البيع فى مقابل ثمن منخفض بشكل كبير بحيث لا يمكن ان يتناسب مع قيمة الشئ كان الثمن تافها . ويستخلص من تفاهة الثمن المذكور فى العقد انه ثمن غير حقيقى

أى صورى لم تتجه ارادة المشترى الى دفعة ولا ارادة البائع الى اقتضائه ، وعندئذ يكون هذا الثمن التافه ثمناً صورياً . » د . البدراوى - ص ٢٠٨ - د . السنهورى - ص ٣٨٦ » .

ولكن اذا لم ينحط الثمن الى درجة كبيرة جداً بأن كان ثمناً بخساً ، فانه يعتبر كافياً لانعقاد البيع ، والثمن البخس لا يجوز الطعن عليه بالصورية وان جاز الطعن عليه فى الحالات الاستثنائية التى نص عليها المشرع ، وهى حالة بيع عقار غير كامل الاهلية « م ٤٢٥ مدنى » وحالة الاستغلال م ١٢٩ مدنى » ففى غير هاتين الحالتين لا اهمية لتعادل الثمن مع قيمة المبيع أو عدم تعادله وسواء أكان أعلى من هذه القيمة أم أقل منها ، مالم ينحط الثمن بدرجة فاحشة تجعله ثمناً تافهاً - أى صوريا .

احكام النقض :

١ - اذا كان الظاهر من عقد البيع انه وقع مقابل ثمن معين وكان منصوصاً فيه على ان البائع تبرع لولده المشترى بهذا الثمن وعلى ان المشترى التزم بتجهيز أختيه وبالانفاق عليهما وعلى امه بعد وفاة أبيه ، واعتبرت المحكمة هذا العقد هبة مكشوفة فانها لا تكون قد أخطأت فى تكييفه . فان مجرد النص على ان الوالد تبرع بالثمن يكفى لاعتبار العقد هبة مكشوفة اما ما التزم به الموهوب له فى هذا العقد من تجهيز أختيه ومن الانفاق عليهما وعلى والدته بعد وفاة أبيه فلا يعدو ان يكون مقابلاً للهبة ولايخرج عقدها عن طبيعته . (نقض ٢٢/٥/١٩٤٦ - مجموعة احكام النقض فى ٢٥ سنة قاعدة ٤١ صفحة ٣٥٠) .

٢ - ان التصرف المنجز حال حياة المتصرف ولو كان من غير عوض ومقصوداً به حرمان بعض الورثة ، هو تصرف صحيح متى كان مستوفياً شكله القانونى فاذا كان من المسلم به ان عقد البيع المتنازع عليه قد صدر منجزاً ممن هو أهل للتصرف ومستوفياً لكل الاجراءات التى يقتضيها القانون فى مثله ، وسجل قبل وفاة المتصرف بزمن طويل فهو صحيح سواء أعتبر عقد بيع حقيقى أو هبة يسترها عقد البيع « نقض ٢٢/٦/٣٨ مجموعة النقض فى ٢٥ سنة قاعدة رقم ٤٠ ص ٣٥٠ » .

٣ - متى كان الحكم قد قرر ان العقد الصادر من المورث لزوجته هو عقد بيع عين فيه المبيع والثمن وان لاعبرة بعدم ذكر قبض الثمن فى العقد بعد تعيينه فان الحكم لا يكون قد أخطأ فى القانون لان محسق البيع يفيد التزام المشترى بدفع الثمن المسمى ولان القانون يجيز ان يكون العقد المشتمل على الهبة موصوفا بعقد أخر ، وتجعل مناط صحة الهبة المستترة أن يكون العقد - الذى يسترها - مستوفى الاركان والشرائط القانونية ، فاذا كان العقد الساتر بيعاً ولم ينص فيه على ثمن ما أو أبرىء المشترى من الثمن أو وهب له فالعقد هبة لاتصح قانوناً الا اذا كانت حاصلة بعقد رسمى (نقض ٩ /٦ /١٩٣٨ المرجع السابق قاعدة رقم ١٢ ص ٣٤٦) .

٤ - تصرف الاب بالبيع المنجز فى عقار يملكه الى ابنه القاصر يعتبر تصرفاً صحيحاً ونافذاً سواء كان فى حقيقته بيعاً أو هبة مستترة فى صورة عقد بيع ، وبتسجيله تنتقل ملكيته العقار المبيع الى القاصر ، ولا يترتب على ثبوت صورية الثمن سوى اعفاء الاب من تقديم حساب عن هذا العقار ومن الحصول على اذن من محكمة الاحوال الشخصية عند تصرفه فيه بصفته وليا شرعياً على ابنه القاصر وذلك بالتطبيق لنص المادة ١٣ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فى شأن الولاية على المال . (نقض ١٩ / ٥ / ١٩٨٠ الطعن رقم ١٥٨٩ لسنة ٤٨ ق) .

٥ - اذا بنت محكمة الاستئناف قضاءها بنفى صورية العقد وانه كان بيعاً باتا مقابل الثمن المحدد به والذى قبضة البائع من وقت ابرام العقد على ما خلصت اليه من أقوال الشهود ومااطمأن اليه وجدانها على أسباب سائغة تكفى لحملة ومن ثم فان مايثيرة الطاعن من نعى باغفال دفاعه الجوهرى المؤسس على رجوع المورث عن وصيته لا يعدو أن يكون جدلا فى تقدير المحكمة للادلة مما لا يجوز ابداؤه أمام محكمة النقض . (نقض ٢٣ / ١٢ /١٩٨٠ - الطعن رقم ٧٧٢ لسنة ٤٩ ق) .

٦ - لا يشترط ان يكون المقابل فى عقد البيع - الثمن - متكافئا مع قيمة المبيع ، بل كل مايشترط فيه الا يكون تافها ، فالثمن البخس يصح مقابلاً لا لتزامات البائع ، وادعاء هذا الاخير بأنه باع بما دون القيمة على علم منه بذلك تخلص من تعرض الغير له فى الاطيان المبيعة

وعجزه عن تسليمها لا يكفى لابطال المبيع الا ان يكون قد شاب رضاه إكراه مفسد له « نقض ٨ / ١ / ١٩٥١ مجموعة ٢٥ سنة الجزء الأول ص ٣٤٦ »

٧ - اذا كان التصرف منجزاً ، فانه لايتعارض مع تنجيزه على ماجرى به قضاء هذه المحكمة عدم استطاعة المتصرف اليه دفع الثمن المبين بالعقد لان التصرف الناجز يعتبر صحيحاً سواء أكان العقد فى حقيقته بيعاً أو وهبة مستترة فى عقد بيع استوفى شكله القانونى . (نقض ٣١ / ٣ / ١٩٧٠ س ٢١ ص ٥٨) .

٨ - على فرض ان الايراد المقرر فى العقد مدى حياة البائع هو دون ريع المنزل ، وان هذا يجعل الثمن معدوماً ، فيعتبر العقد باطلاً كبيع ، فان كان الحكم قد أقام قضاءه على أساس ان العقد يعتبر فى هذه الحالة هبة صحيحة شكلاً لا فراغها فى قالب بيع فلا يكون قد خالف القانون . (نقض ٥ / ٤ / ١٩٥١ مجموعة ٢٥ سنة جـ ١ ص ٥٧٣) .

٩ - ومن حيث ان الحكم المطعون فيه بعد ان اورد مجمل اقوال الشهود أثباتاً ونفياً قال « وحيث أن احداً من شهود الطرفين لم يشهد بواقعة معينة يستدل منها فى وضوح على صحة الدفع بصورية عقد البيع الصورية المطلقة الهادمة لكيانه القانونى ، واما ما قرره الشاهد فكرى سالم من انه لم يدفع الثمن امامه وان البائع لم يكن مديناً أو معذوراً وقت البيع ولا يعرف سببه وماقرره الشاهد احمد سالم من عدم دفع ثمن امامه وانه يجهل سبب البيع وماقررة شهود الاثبات من انهم لم يسمعوا عن البيع شيئاً فلا يصح أساساً لما رأته محكمة أول درجة من ان البيع قد حصل فى الخفاء وظل كذلك الى ان رفعت الدعوى ، وذلك لان حاجة المورث وتقدير ظروفه للبيع من المسائل المتصلة بشخصة التى لا يكشف عنها ظاهر الاحوال ، أما قول شهود الاثبات انهم لم يسمعوا بعقد البيع أو حصوله فمردود بان عقد البيع لا يتطلب القانون لاشهاره الا طريقة مرسومة وقد تم اشهاره بتسجيله وقال فى موضع اخر » وحيث انه يؤخذ من مجموع أقوال شهود الاثبات ان ورثة المورث كانوا يقيمون بالمنزل بعد وفاته بينما يقرر فكرى سالم أحد شهود النفى ان المقيمين به بعد وفاة المورث هم المستأنف « المطعون عليه الأول » ووالدته واحدى

البنات وهذا يؤيد دعوى المستأنف الذى علل اقامته بالمنزل مع والدته « المطعون عليها الاخيرة » وأخته « فاطمة » الطاعنة - بأنه هو العائل الوحيد لهما ، ثم خلص من ذلك القول بأن عقد البيع المسجل فى ٦ من مارس سنة ١٩٣٥ والصادر من المورث لولده ليس صورياً صورية مطلقة بل هو عقد تمليك قطعى منجز انتقلت الملكية بموجبة فوراً حال حياة البائع وان العقد يعتبر صحيحاً سواء بإعتباره عقد بيع حقيقى أوعقد بيع يستر هبة ، وحتى مع فرض ان الثمن لم يدفع فلا مانع قانوناً من افراغ - الهبة المنجزة فى صورة عقد بيع - وهذا الذى قررته المحكمة عن عجز الطاعنة عن اثبات دفعها بصورية عقد البيع الصادر من مورثها الى ولده المطعون عليه الأول ، انما هو استخلاص موضوعى سائغ ولم تخلط فيه كما تدعى الطاعنة بين الصورية النسبية والصورية المطلقة بل عنى الحكم بالقول بأنه حتى مع فرض ان ثمناً لم يدفع فان العقد يعتبر فى هذه الحالة عقد هبة مستورة فى صورة عقد بيع وهو صحيح قانوناً وليس فى هذا خطأ فى تطبيق القانون . (نقض جلسة ٦ / ١٢ / ١٩٥١ - السنة الاولى ص ٢٥٦) .

١٠ - وحيث أن هذا النعى صحيح ، وذلك أنه لما كان تقديم تاريخ العقد لاخفاء صدورة اثناء عته البائع هو تحايل على القانون يجوز اثباته فيما بين المتعاقدين بالبينة وبالقرائن ، وكان حكم الورثة فى هذا الخصوص هو حكم مورثهم ، ولما كان يبين من الاطلاع على المذكرة التى قدمها الطاعنان امام محكمة الاستئناف لجلسة ٢٦ / ٦ / ١٩٦٥ انهما تمسكا بدفاع اصلى يقوم على ان عقد البيع موضوع النزاع لم يصدر من مورثهما فى ١٠ / ١٠ /١٩٤٧ كما اثبت به ، وانما صدر فى تاريخ لاحق بعد اصابته بالعتة وادخاله المستشفى وان المقصود بتقديم تاريخ العقد هو تفادى أثر الحجر على المورث ، واستدلا على ذلك بعدة قرائن حاصلها ان هذا العقد لم يظهر الا عند تحرير محضر الجرد فى ٣ / ٨ /١٩٤٩ بعد توقيع الحجر على المورث وانه لو كان هذا العقد قد حرر فى ١٠ / ١٠ / ١٩٤٧ حقيقة لما صدر على الشيوع لان الاخوة الاربعة كانوا قد اقتسموا التركة وانهوا حالة الشيوع فيما بينهم فى ٩ / ١٠ / ١٩٤٧ فمن المستبعد ان ينشئوا بهذا العقد فى اليوم التالى مباشرة شيوعاً

جديداً فيما بينهم ، وان العقد لا يحمل توقيعاً لاى شاهد غير الاخوة خلافا لعقد القسمة وملحقة ، مما يستفاد منه ان عقد البيع المذكور لم يحرر الا بعد ثبوت حالة العتة فلم يقبل احد الشهادة على عقد باطل ، وان الخطاب الموجه من مورثهما لغبطة البطريرك ١٩٤٨/١١/٢٢ يقطع فى ان الصلح لم يكن قد تم بينه وبين اخوته حتى ذلك التاريخ ، وينفى قول هؤلاء الاخوة بأن عقود البيع المطعون فيها التى حررت لصالحهم كانت ثمرة الصلح الذى تم فى اكتوبر سنة ١٩٤٧ وهو ما يدل على أن هذه العقود لم تحرر الا بعد نوفمبر سنة ١٩٤٨ أو بعد ادخال مورثهما المستشفى لاصابته بالعتة ، وان ميشيل شاكر روفائيل المطعون عليه الاول - أخ المورث - وخاله عزيز غبور قدما طلباً بتاريخ ١٩٤٨/٣/٩ الى مدير مستشفى الامراض العصبية بحلمية الزيتون لحجز مورثهما بالمستشفى لاصابته بمرض عقلى منذ أربعة أشهر سابقة على ذلك التاريخ وان هذا يستفاد منه ان عقد البيع الصادر للمطعون عليه الاول وباقى العقود المطعون فيها لم تكن قد حررت حتى تاريخ تقديم الطلب فى ١٩٤٨/٣/٩ والا لاحتاط المطعون عليه الاول فى الطلب بعدم ارجاع حالة العتة القائمة بأخيه الى التاريخ الوارد بالعقد وهو ١٩٤٧/١٠/١٠ وانتهى الطاعنان فى مذكرتهما الى طلب احالة الدعوى الى التحقيق لاثبات دفاعهما فى هذا الخصوص اذا لم تكتف المحكمة بالقرائن المقدمة منهما ، لما كان ذلك وكان الحكم الصادر فى موضوع الاستئناف قد اغفل الرد على دفاع الطاعنين سالف البيان ولم يشر اليه مع انه دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فانه يكون قد شابه قصور فى التسبب بما يستوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن .

وحيث أن هذا الطعن للمرة الثانية مما يتعين معه على محكمة النقض ان تحكم فى الموضوع . (نقض جلسة ١٩٧١/٦/٢٢ السنة ٢٢ ص ٧٩٢) .

١١ - وحيث ان النعى فى غير محله ، ذلك ان الحكم رقم ٧٤ سنة ١٩٦٠ مدنى مستأنف بنها الصادر بين الخصوم قد حسم النزاع وعلى ماسلف البيان فى الرد على السبب الاول بشأن ملكية القدر المتنازع عليه

مقرراً ان البيع الصادر من .... الى المشترين منه هو عقد جدى وتم شهرة قبل أن يتخذ المطعون عليه الرابع اجراءات نزع الملكية فلا يكون مالكاً لهذا القدر لان حكم مرسى المزاد لا ينقل الى الراسى عليه المزاد من الحقوق أكثر مما للمدين المنزوعة ملكيته ، وكان لهذا القضاء حجية ملزمة ومانعة من اعادة البحث فى مسألة جدية عقد البيع سالف الذكر واثارتها من جديد فى الدعوى الحالية ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق اثارتها فى الدعوى الاولى أو أثيرت ولم يبحثها الحكم الصادر فيها وإذ التزم الحكم المطعوم فيه حجية الحكم السابق فى هذا الخصوص فان النعى عليه بالقصور ولعدم الرد على دفاع الطاعنة بشأن صورية عقد البيع الصادر من ... ... يكون غير سديد ، ولما كان الثابت ان الطاعنة لا تملك الثمانية قراريط موضوع النزاع فلا يكون لها مصلحة فى الطعن بالصورية على عقدى البيع المؤرخين ٥ / ١ / ١٩٦٣ ، ٢٥ / ٩ / ١٩٦٥ الصادرين من المطعون عليهما الثانى والثالثة الى المطعون عليه الأول بالنسبة لهذا القدر ويكون النعى على الحكم بهذا الوجه غير منتج .
(نقض مدنى جلسة ١٥ / ٦ / ١٩٧٦ السنة ٢٧ ص ١٣٦٥) .

١٢ - وحيث ان هذا النعى فى محله ، ذلك انه لما كان يبين من مدونات الحكم الابتدائى ان الطاعن تمسك فى دفاعه بإجازة المرحوم ... ... المالك الاصلى للتصرف الصادر من المرحومة ... ... ببيع المنزل المملوك الى الطاعن وقدم الاوراق التى استند اليها فى حصول تلك الاجازة فى تاريخ لاحق للورقة المنسوبة لها والتى تقر فيها بصورية البيع الصادر من المالك الاصلى وكان من مقتضى الاثر الناقل للاستئناف انه يتعين على محكمة الاستئناف ان تفصل فى كافة الاوجه التى يكون المستأنف عليه قد تمسك بها أمام محكمة اول درجة متى كان الحكم المستأنف قد انتهى الى القضاء له بطلباته كلها وكان لم يثبت تخلية عن هذه الاوجه ، فان محكمة الاستئناف وقد رأت الغاء الحكم الابتدائى الذى قضى لصالح الطاعن بصحة التعاقد موضوع النزاع كان لزاماً عليها الفصل فى دفاعه المشار اليه والذى لم يتعرض الحكم الابتدائى لبحثه مادام لم يقدم المطعون عليهم مايفيد تنازل الطاعن عنه صراحة أو ضمنا ولا يبين ذلك من مدونات الحكم المطعون فيه ، واذ يبين من

الحكم المطعون فيه انه لم يشر الى هذا الدفاع ولم يرد عليه ، وكان هذا الدفاع جوهرياً فقد يتغير بتحققه وجه الرأى فى الدعوى فان الحكم يكون معيباً بالقصور فى التسبيب بما يستوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث بأقى أوجه الطعن .

« نقض جلسة ١٤ / ١٢ / ١٩٧٨ - السنة ٢٩ ص ١٩٣٠ »

١٣ - وحيث ان هذا النعى مردود ذلك انه ولئن كان للدائن العادى بإعتباره من الغير ان يطعن على تصرف مدينة بالصورية طبقاً لنص المادة ٢٤٤ من القانون المدنى ، الا ان ذلك منوط بأن يكون حق الدائن خالياً من النزاع واذ يبين من الحكم المطعون فيه انه رد على تمسك الطاعنين بصورية عقد البيع الصادر الى المطعون عليه الأول بقوله « انه يجب حتى يتحدى الدائن بدعوى الصورية ان يكون حقه خالياً من النزاع ، والثابت من الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٧٧٥ لسنة ١٩٥٣ كلى سوهاج ان البائع قد دفع مطالبة المستأنفين (الطاعنين) بأنه لا يلزم الا فى حدود ما استفاده وانه لم يستفد شيئاً وقد أرجأت المحكمة الفصل فى هذا الطلب حتى يبدى الطرفان دفاعهما ولم يقدم المستأنفون ما يدل على أن النزاع فى حقهما قد انحسم باتفاق أو بحكم ومن ثم يبين ان محكمة الموضوع قد استظهرت بأسباب سائغة ان دين الطاعنين غير خال من النزاع ورتبت على ذلك قضاءها برفض تمسكهم بصورية عقد البيع الصادر من مدينهم فان النعى على حكمها بالخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير اساس . (نقض جلسة ٣٠ / ٣ / ١٩٧٨ - السنة ٢٩ ص ٩٣٦) .

صورية الثمن ليست دليلاً على الصورية المطلقة :

من المقرر انه اذا باع شخص لآخر شيئاً كعقار مثلاً وثبت ان الثمن الذى اثبت فى العقد صورى اما لاثبات ثمن يقل عن الثمن الحقيقى أو يزيد عنه واما لا ثبات ثمن حالة انه لم يكن هناك ثمن على الاطلاق كما اذا باع المورث لابنه عقاراً ولم يكن هناك ثمن . فى جميع هذه الحالات فان صورية الثمن وان كانت دليلاً على الصورية النسبية الا أنها ليست دليلاً على الصورية المطلقة ذلك انه من الجائز ان يكون البائع

والمشترى قد دونا بالعقد ثمناً يزيد على الثمن الحقيقى ليثبطا همة الشفيع فى استعمال حقه فى اخذ العقار المبيع بالشفعة أو أن يكون ماسطراه من ثمن بالعقد يقل عن الثمن الحقيقى قصد به التهرب من بعض رسوم التسجيل المستحقة للشهر العقارى او أن يكون عقد بيع المورث لابنه يخفى هبة أو وصية مضافة الى مابعد الموت فى جميع الامثلة السابقة فان العقد لا يكون صورياً صورياً صورية مطلقة وانما صورية نسبية لا تصلح دليلاً على الصورية المطلقة .

احكام النقض :

وحيث ان مما تنعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه الخطأ فى القانون ومخالفة الثابت بالأوراق والقصور فى التسبيب . وبياناً لذلك تقول أن الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه وبما أضافه هذا الحكم من أسباب أقام قضاءه بصورية عقد البيع الصادر لها من المطعون ضده السادس صورية مطلقة على سند من سابقة علمها بحصول البيع الصادر منه المطعون ضدهم الخمسة الأول فى ٢٠ / ٧ / ١٩٧٥ بصفتها زوجه له ولفقد عقدها ركناً أساسياً من أركان انعقاده وهو الثمن ودون أن يرد على ماأبدته من دفاع من أن عقدها له تاريخ ثابت إذ يوم صدوره فى ١٩ / ٧ / ١٩٧٥ توجهت لمأمورية الشهر العقارى المختصة وتقدمت بطلب لشهره وأعطى رقماً فى هذا التاريخ وكان عقد المطعون ضدهم لم يظهر للوجود بعد وان إحدى المالكات على الشيوع أنذرتها بأحقيتها فى أخذ المبيع بالشفعة فضلاً عن أن زواجها بالمطعون ضده السادس لم يتم إلا فى ٤ / ٨ / ١٩٧٧ أى بعد البيع بسنتين وكانت قبل ذلك على خلاف مستمر مع البائع لها وباقى أفراد أسرته بصفتها مستأجرة لأرض النزاع فضلاً عن أن صورية الثمن لا تدل على صورية البيع وهو مايعيب الحكم بما يستوجب نقضه .

وحيث ان هذا النعى فى محله ذلك أنه ولئن كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة من أن للغير أن يثبت الصورية بجميع طرق الإثبات ومنها القرائن وتقدير القرائن من الأمور الموضوعية التى لا رقابة لمحكمة النقض عليها متى كان هذا التقدير سائغاً وأنه لا تعارض بين أن يكون

المشترى فى حالة تمكنه من دفع الثمن وأن يكون الشراء الحاصل منه صورياً إذ لا تلازم بين حالة الأعسار وصورية العقد وكان من حق قاضى الموضوع وهو فى مقام الموازنة بين أدلة الإثبات وأدلة النفى فى الدعوى أن يأخذ ببعضها وبطرح البعض الآخر إلا أنه يتعين أن يرد الحكم بأسباب خاصة صريحة على كل دفاع جوهرى يتغير بتحققه وجه الرأى فى الدعوى والا كان قاصراً ، ولما كان الثابت من مدونات الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه أنه استخلص صورية عقد الطاعنة من سابقة علمها بحصول البيع إلى المطعون ضدهم الخمسة الأول لما بينها وبين البائع من علاقة استمرت حتى تمام زواجهما فى ٤ / ٨ / ١٩٧٧ فضلاً عن أن حالتها لم تكن تسمح بالوفاء بالثمن ، وكانت صورية الثمن وإن كانت دليلاً على صورية العقد صورية نسبية إلا أنها ليست دليلاً على الصورية المطلقة ، وكان الثابت من الأوراق أن عقد الطاعنة سابق على عقد المطعون ضدهم الخمسة الأولى وليس لا حقاً عليه ، فضلاً عن أن مجرد علم الطاعنة بالبيع السابق لا يصلح قرينة على صورية عقد البيع اللاحق ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه بصورية العقد على مجرد ماساقه من أسباب ودون أن يرد على دفاع الطاعنة الذى يتغير بتحققه وجه الرأى فى الدعوى يكون معيباً بالقصور بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن . (نقض ٢٣ / ٦ / ١٩٨٥ طعن رقم ٩٧٩ لسنة ٥٢ قضائية) .

٣ - عقد البيع الذى يخفى عقد بيع وفائى :

إذا اتفق العاقدان على أن عقد البيع هو فى حقيقته عقد بيع وفائى يستطيع البائع فيه استرداد المبيع اذا هو رد الثمن الى المشترى خلال مدة معينة الا ان المتعاقدين حررا عقداً صورياً يتضمن انه عقد بيع بات ومنجز فهنا يستطيع البائع ان يثبت صورية هذا العقد بكافة طرق الاثبات القانونية ومنها البينة وقرائن الاحوال لوجود تحايل على احكام القانون لان عقد البيع الوفائى محظور بنص المادة ٤٦٥ من القانون المدنى ويقع باطلاً بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الاجازة ولا يرد عليه التقادم ويستطيع كل ذى مصلحة ان يتمسك به وتعمله المحكمة من تلقاء نفسها ولا أثر له لا بين المتعاقدين ولابالنسبة للغير .

والعبرة بحقيقة ما انعقدت عليه ارادة الطرفين ويكفى المعاصرة الذهنية بين عقد البيع وشرط الاسترداد بأن يثبت ان الطرفين عند ابرام العقد قد اتجهت ارادتهما الى تخويل البائع حق الاسترداد .

٤ - عقد البيع الذى يخفى رهنا :

اذا اتفق الدائن المرتهن مع البائع وهو المدين الراهن على رهن العين واتفقا على حق البائع فى استرداد العين إذا رد دين الرهن الى المشترى إلا انهما حررا عقد بيع صورى واخفيا الرهن فان العبرة بحقيقة التعاقد وهذا العقد الحقيقى هو صورة من بيع الوفاء الذى حظره المشرع فى المادة ٤٦٥ مدنى ويجوز للبائع ولكل ذى مصلحة ان يثبت حقيقة العقد بكافة طرق الاثبات ومنها شهادة الشهود وقرائن الاحوال لوجود تحايل على القانون على النحو السالف بيانه .

ومن المقرر ان عقد البيع الذى يخفى رهنا يكون باطلاً سواء بصفته بيعاً أو رهناً ولا تلزم المحكمة بعد ذلك بحث تطبيق قواعد استهلاك الرهن الحيازى لان شرط الاعتداد بالعقد المستور ان يكون العقد الساتر غير باطل بحكم القانون (الوسيط للسنهورى الجزء الرابع بند ٨٧ والبدراوى بند ٥٦ وسليمان مرقص بند ٢٧٦) .

احكام النقض :

١ - اذا كان الشرط الوفائى مقصودا به اخفاء رهن عقارى فان العقد يعتبر باطلاً لا أثر له سواء بصفته بيعاً أم رهناً مما مفاده أن أساس بطلان البيع الوفائى هو عدم المشروعية ، ولما كان ذلك فان العقد برمته يكون باطلاً ولاسند من القانون لما يقول الطاعنان به من أن البطلان لا يلحق العقد الا فيما تضمنه من انه يخفى ربا فاحشا . (نقض ٦/ ٥/ ١٩٨١ طعن رقم ٥٧٩ لسنة ٤٨ قضائية) .

٢ - متى كانت محكمة الموضوع قد قضت ببطلان عقد البيع لما ثبت لديها انه كان مقصوداً به اخفاء رهن فان نية المتعاقدين تكون قد انصرفت وقت التعاقد الى الرهن لا الى البيع كما يكون وضع يد المشترى وفاء هو بسبب الرهن دون اى سبب آخر فتنتفى نية التملك منذ البداية

ويصبح وضع اليد قائماً على سبب وقتى معلوم لا يؤدى الى إكتساب الملك مهما طال أمده الا اذا حصل تغيير فى سببه . (نقض ٦ / ٥ / ٩٨١ طعن رقم ٥٧٩ لسنة ٤٨ قضائية) .

٣ - من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان الصورية النسبية التدليسية التى تقوم على اخفاء الرهن وراء البيع تعد تحايلاً على القانون يترتب عليه بطلان البيع اذ عقد البيع الذى يخفى رهناً ويستطيع البائع فيه استرداد المبيع اذا هو رد الثمن الى المشترى انما هو صورة من بيع الوفاء الذى حظرة المشرع بالنص على بطلانه فى المادة ٤٦٥ من القانون المدنى ، وهذه الصورية النسبية تثبت بالبينة وسائر طرق الاثبات الاخرى دون التفات الى نصوص العقد أو ماأصدرة المتعاقدان من اقرارات . (نقض ٦ / ٥ / ٩٨١ طعن رقم ٥٧٩ - السنة ٤٨ قضائية) .

٤ - متى كان الحكم قد اقيم على أن العقد هو بيع يخفى رهنا فيكون باطلاً سواء بصفته بيعاً أو رهناً فلا يكون الحكم بحاجة بعد ذلك للتعرض فى بحثه الى تطبيق قواعد استهلاك الرهن الحيازى الباطل . (نقض ٢٢ / ١٢ / ١٩٥٥ مجموعة ٢٥ سنة قاعدة رقم ١٨١ ص ٣٧٤) .

٥٠ - من حيث ان المادة ٢٣٩ من القانون المدنى بعد تعديلها بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ اذ أجازت اثبات الشرط الوفائى المقصود به اخفاء رهن عقارى بكافة طرق الاثبات دون التفات الى نصوص العقد فان ذلك منها لم يكن الا تطبْيقاً للقواعد العامة التى تجيز اثبات الغش بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن وعلى ذلك فان تلك المادة لا تتضمن اى استثناء تنفرد به سائر العقود المنطوية على الغش من حيث طرق الاثبات . ومتى تقرر هذا فانه يكون للمحكمة ان تستنبط القرائن التى تعتمد عليها فى اثبات الغش من اقوال الشهود الذين سمعهم الخبير دون حلف يمين ومن المعاينة التى أجراها ذلك الخبير ومن المستندات التى قدمها الخصوم إليه دون أن تكون ملزمة بأجراء اى تحقيق بنفسها . واذ كان الثابت من مطالعة الحكم المطعون عليه أنه اعتمد فى اثبات حيازة البائع للاطيان المبيعة وبخس الثمن - وهما القرينتان اللتان استدل

بهما على ان عقد البيع الوفاء يخفى رهناً - على اقوال الشهود الذين سمعهم الخبير وعلى المعاينة التى أجراها وعلى المستندات التى قدمها الخصوم له وكان الحكم قد عرض لتلك الاقوال ودلل على صحتها بما جاء مؤيداً لها من المعاينة والمستندات وكان استخلاصه سائغاً ومؤدياً الى النتيجة التى انتهى اليها فى قضائه فانه لا يكون فيما قررته محكمة الاستئناف من عدم حاجتها الى تحقيق تجريه بنفسها وفى استبعادها للشهادة الادارية المقدمة من الطاعنين للتدليل بها على وضع يدهما وماساقته لتبرير رفضها الاخذ بمستندات الطاعنين الدالة على تقدير الثمن سنة ١٩٤٤ ، لا يكون فى ذلك كله خطأ فى تطبيق القانون أو اخلال بحق الدفاع . (نقض ٢٣/١/١٩٦٩ - السنة ٢٠ ص ١٤٤)

٦ - تنص المادة ٣٣٩ من القانون المدنى الملغى بعد تعديلها بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ على انه اذا كان الشرط الوفائى مقصوداً به اخفاء رهن عقارى فإن العقد يعتبر باطلاً لا أثر له سواء بصفته بيعاً أو رهناً - وان العقد يعتبر مقصوداً به اخفاء رهن اذا بقيت العين المبيعة فى حيازة البائع بأى صفة من الصفات .

فقد جرى قضاء محكمة النقض على أن المشرع أورد هذه القرينة كقرينة قانونية قاطعة فى الدلالة على أن العقد يستر رهناً ومانعة من اثبات العكس ومن ثم فان اعتماد الحكم المطعون فيه على هذه القرينة وحدها يكفى لحمل قضائه ببطلان عقد البيع على أساس انه يخفى رهناً . (نقض ٣/١٢/١٩٦٤ سنة ١٥ ص ١٠٩١) .

٧ - تقضى المادتان ٣٣٨ ، ٣٣٩ من القانون المدنى القديم المعدلتان بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ ببطلان عقد البيع الوفائى المقصود به اخفاء رهن سواء بصفته بيعاً أو رهناً وبأن العقد يعتبر مقصود به اخفاء الرهن اذا اشترط به رد الثمن مع الفوائد او اذا بقيت العين المبيعة فى حيازة البائع بأية صفة من الصفات . وهاتان القرينتان - على ماإستقر عليه قضاء محكمة النقض - من قبيل القرائن القانونية القاطعة بحيث اذا توافرت احداهما كان ذلك قاطعاً فى الدلالة على ان القصد من العقد هو اخفاء رهن ومانعاً من اثبات

العكس . (نقض ٣/١/١٩٦٣ السنة ١٤ ص ٧٥) .

٨ - وحيث ان هذا النعى صحيح ذلك ان عقد البيع الذى يخفى رهناً ويستطيع البائع فيه استرداد المبيع اذا هو رد الثمن الى المشترى انما هو صورة من بيع الوفاء الذى حظرة المشرع بالنص على بطلانه فى المادة ٤٦٥ من التقنين المدنى .

ولما كان الطاعنون قد تمسكو فى دفاعهم امام محكمة الاستئناف الثابت بمحضر جلسة ١/٢/١٩٦٢ المودع صورته الرسمية بالاوراق بأن العقد الصادر من المطعون عليه الرابع الى باقى المطعون عليهم هو بيع يخفى رهناً وطلبوا الاحالة الى التحقيق لاثبات ذلك كما تمسك المطعون عليه الرابع بهذا الدفاع فى صحيفة استئنافه وطلب فى تلك الجلسة الاحالة الى التحقيق لاثبات وجود ورقة ضد تكشف عن حقيقة العقد ، وكان الحكم المطعون فيه قد رد على دفاع المطعون عليه الرابع ورفض الاستئناف المقام منه على ماقرره من « انه كطرف فى عقد البيع لا يستطيع اثبات ما يخالف مادون فى هذا العقد الاكتابة ، وورقة الضد التى يدعيها لم يقدمها حتى الان ولم يدخل حائزها لتقديمها مما يدل على انه غير جاد فى هذا الادعاء » وكان هذا الذى قرره الحكم لا يصلح رداً على دفاع الطاعنين بأن العقد يخفى رهناً لانه فوق ان للمتعاقد ان يثبت بكافة الطرق - ومنها البينة والقرائن - ان العقد لم يكن بيعاً باتاً وانما هو - على خلاف نصوصه - يخفى رهناً ، فان الطاعنين بإعتبارهم من الغير فى هذا العقد لا يتقيدون فى اثبات ما يخالفه بشرط الكتابة ، واذ كان ذلك وكانت الصورية النسبية التى تقوم على اخفاء الرهن وراء البيع تعد تحايلاً على القانون يترتب عليه بطلان البيع طبقاً للمادة ٤٦٥ من القانون المدنى ، وكان الحكم المطعون فيه قد قصر بحثه فى استئناف الطاعنين على ما تمسكوا به من اوجه دفاع تتعلق بصورية عقد البيع الصادر من المطعون عليهم صورية مطلقة وبالتواطؤ بين طرفى هذا العقد للاضرار بحقوقهم واذ لا تنتفى الصورية النسبية فى هذا الخصوص بانتفاء الصورية المطلقة أو بتخلف شروط الدعوى البوليصية كلها أو بعضها لاختلافها عنهما اساساً وحكماً ، وكان الحكم المطعون فيه قد اغفل بحث دفاع الطاعنين بشأن اخفاء رهن وراء البيع مع انه

دفاع جوهرى لوصح لتغير وجه الرأى فى الدعوى . لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون قاصراً فى التسبيب بما يبطله ويستوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن . (نقض جلسة ٦/١٢/١٩٦٦ - السنة ١٧ ص ١٧٧٠) .

٩ - ومن حيث ان هذا النعى فى محله ، ذلك ان الثابت بالحكم المطعون فيه ان الطاعن اذ أقام الدعوى وطلب الحكم بصورية عقد البيع المحرر فى ١٩ من ابريل سنة ١٩٤٤ والمسجل فى ٢ من مايو سنة ١٩٤٤ الصادر منه لزوجته - بنت المطعون عليه الأول - أسس دعواه على أنه كان مديناً للبنك العقارى وان المطعون عليه الأول قبل ان يوفى عنه دين البنك ، وضماناً لما عسى ان يدفعه وفاء لهذا الدين اتفق الطرفان على تحرير العقد المشار اليه فى صورة عقد بيع وهو فى حقيقته بمثابة رهن حرر لمناسبة معينة ولغرض خاص ولما كان الحكم المطعون فيه اذ قضى برفض دعوى الطاعن اقام قضاءه على ان الطاعن قال فى صحيفة الدعوى وفى المذكرات المقدمة منه انه اراد ان يستدين من المطعون عليه الأول والد زوجته ما يكفى لوفاء دين البنك العقارى وان المطعون عليه الاول قبل وفاء هذا الدين واشترط مقابل ذلك ان يبيع الطاعن الى زوجته المقدار المبين بعقد البيع مقابل ماسيدفعه منه مستقبلاً ، وان الطاعن يعتبر ان الصفقة فى حقيقتها بمثابة رهن ، وهذا القول من جانب الطاعن يحمل اعترافاً بأن العقد صدر فعلاً وهو مايتنافى مع القول بصوريته وكان هذا الذى اقام عليه الحكم قضاءه برفض دعوى الطاعن انما اسسه على انتفاء الصورية المطلقة بناءاً على ماثبت للمحكمة من ان للعقد المطعون فيه كياناً حقيقاً ، ولذلك لم يتعرض الحكم لما تمسك به الطاعن فى دعواه من ان الوصف الحقيقى لهذا العقد هو أنه ليس بيعاً كظاهر نصوصه وانما هو رهن مستتر للاطيان المبينة فيه تأميناً لما عساه ان يدفعه عن والد زوجته (المطعون عليه الاول) من دين عليه للبنك العقارى مما يفيد ان الطاعن اذا أسس دعواه على الصورية النسبية دون الصورية المطلقة . لما كان ذلك وكان خطأ المحكمة فى تكييف الدعوى على وجهها الصحيح قد ادى بها الى عدم تطبيق القانون عليها تطبيقاً صحيحاً ، فضلاً عن قصور أسباب حكمها فى الرد على ماتمسك به

الطاعن من ان العقد هو فى حقيقته رهن مستتر فانه يكون من المتعين نقض الحكم دون حاجة الى بحث باقى أسباب الطعن . (نقض جلسة ١١/٣/١٩٥٤ - السنة ٥ ص ٥٩٢) .

١٠ - عقد البيع الذى يخفى رهناً ويستطيع البائع فيه استرداد المبيع اذا هو رد الثمن الى المشترى انما هو صورة من بيع الوفاء الذى حظرة المشرع بالنص على بطلانه فى المادة ٤٦٥ من التقنين المدنى . (نقض ٩/٥/١٩٨٥ طعن رقم ٢٤٤ لسنة ٥١ قضائية ، نقض ١٥/٣/١٩٧٦ - سنة ٢٧ العدد الأول ص ٦٥٢) .

١١ - الصورية النسبية التدليسية التى تقوم على اخفاء رهن وراء البيع وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - تعد تحايلاً على القانون يترتب عليه بطلان البيع وللمتعاقد والخلف العام من بعده ان يثبت بكافة الطرق ان العقد لم يكن بيعاً باتا وانما هو - وعلى خلاف نصوصه - يخفى رهناً . (نقض ٩/٥/١٩٨٥ طعن رقم ٢٤٤ لسنة ٥١ قضائية ، ونقض ١٥/٣/٧٦ سنة ٢٧ العدد الأول ص ٦٥٢) .

١٢ - عقد البيع الذى يخفى رهناً ويستطيع البائع فيه استرداد المبيع اذا رد الثمن الى المشترى انما هو صورة من بيع الوفاء الذى حظره المشرع بالنص على بطلانه فى المادة ٤٦٥ من التقنين المدنى والتى مفادها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - انه يشترط فى بيع الوفاء الذى يبطله القانون ان تتجه ارادة الطرفين وقت ابرام العقد الى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة ولا يلزم ان يدرج هذا الشرط فى ذات العقد بل يجوز فى ورقة بشرط توافر المعاصرة الذهنية التى تربطه بالبيع ، وأساس بطلان البيع الوفائى الذى يستر رهناً هو أنه غير مشروع ومن ثم لا تلحقه الاجازة ولا يترتب عليه اى اثر سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير فيبقى المبيع على ذلك ملك البائع ويكون له ان يسترده . (نقض ٩/٥/١٩٨٥ طعن رقم ٩٢٢ لسنة ٥١ قضائية) .

١٣ - مفاد نص المادة ٤٦٥ من القانون انه يشترط فى بيع الوفاء الذى يبطله القانون ان تتجه ارادة الطرفين وقت ابرام العقد الى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة ولا يلزم ان يندرج هذا

الشرط فى ذات البيع بل يجوز اثباته فى ورقة لاحقة بشرط توافر المعاصرة الذهنية التى تربطه بالبيع . (نقض ٢١ / ٦ / ١٩٨٤ طعن رقم ٦٢٤ لسنة ٥١ قضائية ، نقض ١٥ / ٣ / ١٩٧٦ سنة ٢٧ ص ٦٥٢) ..

٥ - عقد البيع الذى يخفى وصية :

ورد شرح هذا الموضوع بتفصيل وأسهاب عند بحث الوصية فيرجع اليه فى موضعه .

ومن صور الصورية التى ترد على عقد البيع :

٦ - عقد التقايل :

التقايل هو اتفاق المتعاقدين على الغاء العقد الاصلى المحرر بينهما بعقد أخر ويكون بايجاب وقبول صريحين كما هو الأمر فى العقد الاصلى . والأصل ان التقايل ليس له اثر رجعى فيكون هناك عقدان متقابلان - فاذا تقايل المتبايعان البيع كان هناك عقد بيع اول من البائع الى المشترى يعقبه عقد بيع ثان من المشترى الى البائع . وقد يتفق المتبايعان على ان يكون للتقايل اثر رجعى فيعتبر البيع بهذا التقايل كأن لم يكن . وسواء نص على الاثر الرجعى للتقايل فى العقد أو لم يتفق عليه فهو بالنسبة الى الغير وكذلك بالنسبة للتسجيل عقد ثان أعقب العقد الأول . ويترتب على ذلك انه اذا كان العقد الذى حصل التقايل فيه قد نقل ملكية عين الى المشترى فى العقد الاصلى بالتسجيل . ثم تصرف هذا الاخير الى مشتر ثان انتقلت اليه الملكية بدورة بالتسجيل فان التقايل لا يمس حق هذا الاخير الذى انتقلت اليه الملكية (الوسيط د . السنهورى - الطبعة الثالثة جـ ١ ص ٩٤٢) غير انه يحدث كثيراً فى العمل ان يتقايل البائع مع المشترى الاول الذى باع العقار بدورة الى أخر لم يسجل عقده ويكون هذا التقايل صورياً بقصد تضييع الصفقة على المشترى الثانى فى هذه الحالة يجوز للمشترى الثانى ان يثبت صورية عقد التقايل بجميع طرق الاثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن . وذلك باعتباره خلفاً خاصاً يجوز له اثبات صورية العقد بكافة الطرق .

واذا اقام المشترى الثانى دعوى بصحة ونفاذ عقده ، وأدخل فيه البائع له والبائع للبائع . فقدم احدهما أو كلاهما عقد التقايل جـ للمشترى الاخير أن يطعن بالصورية على هذا العقد .

واذا أقام احد طرفى عقد التقايل دعوى على الاخر مستنداً بالاتفا معه الى عقد التقايل الصورى ، جاز للمشترى الاخير ان يتدخل فى هذ الدعوى وان يطعن على عقد التقايل بالصورية بكافة طرق الاثبات .

كذلك اذا باع أ عقارة الى ب ثم باع ب العقار الى ج ثم تقايل أ ، ب بعقد صورى . وقام أ ببيع العقار مرة ثانية الى د وأقام د دعوى بصحة ونفاذ عقده فإن ج يجوز له ان يتدخل فى الدعوى وان يدفع بصورية عقد التقايل الذى عادت بمقتضاه العين المبيعة الى أ وهو البائع الاول .

الفصل الثانى
الصورية فى عقد الايجار

هناك حالات من صور الصورية ترد على عقد الايجار ومن أهمها الصورية التى تفرغ فى عقد ايجار عين مفروشة وقبل شرحها يتعين بيان احكام تأجير الأماكن المفروشة :

فقد نصت المادة ٤٤ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على أنه « مع عدم الإخلال بأحكام المادتين ٣٩ ، ٤٠ يجوز للملاك ولمستأجرى الأماكن الخالية فى المصايف والمشاتى التى يصدر بتحديدها قرار من وزير الاسكان والتعمير بعد أخذ رأى المحافظ المختص ، تأجير الاماكن مفروشة طبقاً للشروط والاوضاع التى ينص عليها هذا القرار .

والمادتان ٣٩ ، ٤٠ من القانون تتناولان حق المالك فى التأجير مفروشاً وحق المستأجر فى التأجير مفروشاً أو خالياً فى الحالات المبينة بها .

ولقد نصت المادة ٣٩ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ على أنه لا يجوز للمالك فى غير المصايف والمشاتى المحددة وفقاً لاحكام هذا القانون ان يؤجر سوى وحدة واحدة مفروشة فى العقار الذى يملكه ، وفى تطبيق هذه المادة يعتبر الشخص وزوجه وأولاده مالكاً واحداً .

واستثناء من ذلك يجوز للمالك أن يؤجر وحدة أخرى مفروشة فى أى من الاحوال أو الأغراض الآتية : -

أ - التأجير لاحدى الهيئات الاجنبية أو الدبلوماسية أو القنصلية أو المنظمات الدولية أو الاقليمية أو لاحد العاملين بها من الاجانب أو للاجانب المرخص لهم بالعمل أو الاقامة بجمهورية مصر العربية .

ب - التأجير للسائحين الاجانب أو لاحدى الجهات المرخص لها فى مباشرة أعمال السياحة بغرض اسكان السائحين وذلك فى المناطق التى يصدر بتحديدها قرار من وزير السياحة بالاتفاق مع المحافظ المختص .

على أنه اذا اتخذت الملكية شكل وحدات مفروزة فى عقارات ، فانه

لا يكون للمالك فى هذه الحالة سوى تأجير وحدتين مفروشتين فى كل مدينة مهما تعددت الوحدات المكونة ، وذلك بنفس الشروط والاوضاع المبينة بهذه المادة .

كما يكون للمالك اذا اقام خارج الجمهورية بصفة مؤقتة أن يؤجر سكنه مفروشاً أو خالياً وعليه فى هذه الحالة ان يخطر المستأجر لاخلاء العين فى الموعد المحدد لعودته للاقامة بالجمهورية وبشرط أن يمنح المستأجر أجلاً مدته ثلاثة أشهر من تاريخ اخطاره ليقوم باخلاء العين وردها الى مالكها ، والا اعتبر شاغلاً للعين دون سند قانونى ، وذلك ايا كانت مدة الايجار المتفق عليها .

واجرة الاماكن المفروشة لا تخضع للتحديد القانونى ، سواء كان المؤجر لها هو المالك أو المستأجر .

الصورة الاولى لعقود الايجار الصورية تحرير عقد ايجار صورى بأن المكان أجر مفروشاً حاله أنه أجر خالياً :

وقد يستغل المالك حاجة المستأجر الى المكان المؤجر فيتفق فى العقد على ان المكان أجر له مفروشاً حاله أنه استلمه خالياً ، ويحرر عليه قائمة صورية بمنقولات تسلمها ، فانه يجوز للمستأجر فى هذه الحالة أن يثبت أن عقد الايجار صورى صورية نسبية بالنسبة للاجرة والمنقولات تمهيداً لتقدير قيمة الاجرة للمكان خالياً ، ويجوز له اثبات ذلك بجميع طرق الاثبات بما فيها البنية والقرائن فان اتضح للمحكمة صحة ادعائه فانها تعتبر المكان قد أجر خالياً ، ولا تعتد بالقائمة التى حررها المؤجر ، وتقضى ثبوت العلاقة الايجارية للمكان خالياً .

واذا رفع المؤجر على المستأجر دعوى يطالبه باخلاء المكان المؤجر مفروشاً لانتهاء المدة المحددة فى العقد كان للمستأجر أن يثبت أن المكان قد أجر اليه خالياً للاستفادة من الامتداد القانونى للمكان المؤجر . فاذا أثبت ذلك فعلاً فلا يقضى بطرده ، اذا كان المكان يخضع للقوانين الاستثنائية التى تقضى بالامتداد القانونى لعقد الايجار .

واذا اقام المؤجر دعوى على المستأجر بطرده من المكان المؤجر استناداً الى عدم سداد الاجرة المبينة فى العقد جاز للمستأجر أن يدفع

الدعوى بأن الايجار المحدد فى العقد اكثر من الاجرة القانونية لأن عقد الايجار مشوب بالصورية لأنه تضمن أن العين أجرت مفروشة حال انها خالية ، فاذا تبين للمحكمة صحة دفاعه ، وبأنه أوفى بالاجرة الحقيقية للمكان خالياً فانها لا تقضى بطرده .

واذا اقامت النيابة الدعوى الجائية على المؤجر لتقاضيه مبالغ خارج نطاق عقد الايجار على سند من أنه أورد فى عقد الايجار أن المكان أجر مفروشاً حالة أن المستأجر تسلمه خالياً واقام المستأجر دعوى بفرق الاجرة ، وأقام المؤجر دعوى بطرد المستأجر لعدم سداد الاجرة ، أو لانتهاء المدة المحددة بالعقد ، فيتعين على المحكمة المدنية أن توقف الدعويين حتى يفصل فى الدعوى الجنائية عملاً بالمادتين ١٠١ من قانون الاثبات ، ٤٥٤ اجراءات جنائية .

وقد استقر قضاء النقض على انه اذا كان التأجير مفروشاً صورياً فأنه يجوز اثبات التحاليل على زيادة الاجرة بكافة طرق الاثبات ، ولمحكمة الموضوع تقدير جدية الفرش أو صوريته فى ضوء ظروف الدعوى وملابساتها وماتستنبطه منها من قرائن قضائية . اذ العبرة بحقيقة الحال لا بمجرد وصف العين فى العقد أنها مؤجرة مفروشة .
(نقض ٢٨ / ٣ /١٩٧٩ س ٣٠ ص ٩٥٣) .

صورة ثانية : تحرير عقد صورى ببيع المكان المؤجر حالة ان العقد فى حقيقته عقد ايجار :

واذا ادعى المستأجر ان المالك حرر معه عقداً صورياً ببيع المكان حاله أن يشغله بطريق الايجار ، وانه بذلك حصل منه على مبالغ خارج نطاق عقد الايجار فيجوز له اثبات ذلك بكافة طرق الاثبات القانونية .

صورة ثالثة : بيع جزء من الشقة .

اذا باع المالك جزءا من الشقة كالربع أو الثلث أو النصف ، فان هذا البيع صحيح فى تقديرنا ، ذلك أن القانون لم يمنع من بيع الحصة الشائعة فى العقار أو المنقول . والقول بأن ذلك البيع يعد تقاضياً لمبالغ خارج نطاق الايجار لاسند له من القانون أو العدالة . اذ أن القانون لم

يحرم هذا البيع ، فضلاً عن أن المشترى قد يجد من صالحه أن يشترى هذا الجزء لعدم قدرته على شراء الوحدة كاملة ، ويدفع ايجار الجزء الباقى فقط . كما ان المالك قد يستعين بالمبالغ التى يتقاضاها من بيع الحصة الشائعة على بناء وحدات اخرى وهذا التصرف يساهم فى تخفيف ازمة المساكن بتشجيع الملاك على البناء ، فى الوقت الذى استحكمت فيه أزمة المساكن .

وقد ذهبت معظم محاكم أمن الدولة الى التفرقة بين ما اذا كان الجزء المشاع الذى بيع من الوحدة السكنية قد تضمن بيع نصيب الوحدة فى الارض والمبانى والملحقات وما اذا كان قاصراً على الجزء الشائع فى المبانى فقط دون الارض والملحقات ، واعتبرت الحالة الثانية عقد بيع صورى يخفى عقد ايجار . وحجتهم فى ذلك ان هذه الحالة تعتبر صورة من صور خلو الرجل .

وفى تقديرنا ان هذا الرأى يفتقر الى سنده القانونى ذلك ان القانون لم يحتم بأن يكون بيع الوحدة السكنية أو جزء منها شاملاً لنصيبها للارض الفضاء أو الملحقات فاذا رأى المشترى أن مصلحته فى شراء الجزء الشائع من مبانى الوحدة السكنية دون الارض الفضاء أو الملحقات ، فلا يمكن القول بأن هذا يعد من البائع تقاضياً لخلو الرجل .

اذ ان العبرة فى هذا الصدد هى ماذا كان المالك قد باع فعلاً الجزء من الوحدة السكنية للمشترى أم أنه لم يبع شيئاً . فاذا تبين ان المشترى لا يدفع ايجار الجزء الذى اشتراه وانما يدفع ايجار باقى الجزء الشائع من الوحدة فلا يصح القول بأن هذا التصرف يعتبر خلو رجل . ولا تثريب على المالك فى ذلك ما دام أنه لم يحصل من المستأجر إلا على قيمة الجزء الشائع الذى باعه له فقط بصرف النظر عما إذا كان شاملاً لنصيب الوحدة من الأرض الفضاء أم لا .

صورة رابعة : التأجير لشخص صورى ليتنازل عن العقد للمستأجر الحقيقى :

قد يتواطأ المؤجر وشخص آخر غالبا ما يمت إليه بصلة صداقة

أو قرابة والمستأجر على أن يحرر المؤجر عقد إيجار صورى للشخص الذى يمت إليه بصلة ثم يقوم هذا الأخير بتحرير عقد إيجار صورى بالتنازل عن هذا العقد للمستأجر الحقيقى أو بتأجير العين له من باطنه والقصد من ذلك أن المؤجر قد حصل على مبلغ خلو رجل من المستأجر الحقيقى وأراد أن يضيع حقه فى استرداده بنفى كل رابطة تعاقدية بينهما . فى هذه الحالة يجوز للمستأجر أن يثبت صورية عقد الإيجار الصادر من المؤجر إلى المتنازل له أو المؤجر من الباطن وصورية العقد الصادر بالتنازل له عن الإيجار أو بالتأجير له من الباطن وأن يثبت أيضاً حقيقة العقد المستتر وهو الصادر إليه من المؤجر الأصلى مباشرة ويجوز له إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود وقرائن الأحوال كما أن له أن يثبت تقاضى المؤجر الأصلى منه مبلغ خلو الرجل بنفس طرق الإثبات لأن هناك تحايل على القانون موجه ضد مصلحته (أى مصلحة المستأجر) .

صورة خامسة : تحرير عقد صورى ببيع المؤجر منقولات للمستأجر :

قد يحصل المؤجر من المستأجر على مبلغ خلو رجل ويحرر مع المستأجر عقدا صوريا بأنه باع له منقولات كانت موجودة بالعين المؤجرة بثمن يساوى المبلغ الذى تقاضاه منه . فى هذه الحالة يجوز للمستأجر إثبات أن عقد بيع المنقولات صورى وقصد به التحايل على القانون لإخفاء واقعة خلو الرجل وأن المبلغ المسمى فى العقد على أنه ثمن للمبيع قد تقاضاه المؤجر خارج نطاق عقد الإيجار ويجوز له إثبات ذلك بطرق الإثبات كافة بما فيها البينة والقرائن وكذلك الأمر إذا اتفق المؤجر والمستأجر على أن يبيع الأول للثانى منقولات تافهة موجودة بالعين المؤجرة أو قيمتها زهيدة بمبلغ كبير والفرق بين القيمة الحقيقية لها وثمن البيع يمثل خلو رجل يتقاضاه المؤجر .فإن هذا أيضا يعد تحايلا على القانون ويجوز للمستأجر إثبات الصورية فى الثمن بجميع وسائل الإثبات .

(جريمة خلو الرجل للأستاذ فتيحة قره طبعة سنة ١٩٨٥ صفحة ٩٨).

صورة سادسة : تحرير عقد وكالة صورى باستلام المستأجر مبلغ معين لتوصيله لآخر :

إذا تقاضى مالك الشقة المؤجرة من المستأجر مبلغا على سبيل خلو الرجل أو مقدم إيجار أكثر من المقرر ، ويخشى أن يبلغ المستأجر عن هذه الواقعة فيحتاط لذلك بأن يشترط على المستأجر أن يحرر معه عقد وكالة صورى يتضمن استلام المستأجر مبلغ معين على سبيل الوكالة المجانية لتوصيله إلى شخص آخر . حتى إذا ما أبلغ المستأجر عن واقعة خلو الرجل قدم المؤجر هذا العقد للنيابة مدعيا أنه بدد المبلغ الذى إستلمه على سبيل الوكالة كما أن المالك قد يرفع دعوى مدنية يطالب فيها المؤجر بهذا المبلغ على سند أنه قد تسلم منه المبلغ ولم يسلمه للشخص الذى اتفق فى العقد على تسليمه إليه .

وفى هذه الحالة يجوز للمستأجر أن يطعن على عقد الوكالة بالصورية المطلقة وأن يثبت صوريته بكافة الطرق ومنها شهادة الشهود والقرائن لوجود تحايل على القانون يتمثل فى تهديد المستأجر فى عدم الإبلاغ عن واقعة خلو الرجل أو تقاضى مقدم إيجار أكثر من المقرر .

كذلك فإن المحكمة الجنائية - وهى تبحث فى دليل الادانة - لا تتقيد بالدليل الكتابى الذى قدمه المالك . فلها أن تقضى ببراءته متى إقتنعت من القرائن التى يسوقها المتهم على صورية هذا العقد .

صورة سابعة : تحرير عقد وديعة صورى يتضمن استلام المستأجر مبلغا معينا من المؤجر أو مصوغات على سبيل الوديعة :

قد يتقاضى المؤجر مبلغا معينا من المستأجر على سبيل خلو الرجل أو يحصل منه على مقدم إيجار أكثر من المقرر قانونا وخشية من قيام المستأجر بإبلاغ النيابة عن الواقعة أو إقامة دعوى مدنية بالمطالبة بهذه المبالغ ، فإن المؤجر يفرض على المستأجر فى هذه الحالة - مستغلا حاجته إلى المسكن - أن يحرر عقد وديعة صورى يتضمن استلام المستأجر مبلغا محددا أو مصوغات مبينة الأوصاف والقيمة ، ويلتزم المستأجر فى العقد بالمحافظة على الشىء المودع ورده ، فإذا ما قام

المستأجر بالشكوى ضد المؤجر فإن الأخير يقوم بإبلاغ النيابة ضده متهما إياه بتبديد الوديعة ، كما قد يرفع ضده دعوى مدنية يطالبه فيها بالوديعة أو قيمتها .

فى هذه الحالة يجوز للمستأجر أن يثبت أمام المحكمة المدنية صورية عقد الوديعة وأنه قصد به تهديده حتى لا يقاضيه عن المبالغ التى دفعت بالمخالفة للقانون : ويجوز له إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات ومنها البينة وقرائن الأحوال . ولا يشترط الدليل الكتابى فى الإثبات لأن التحايل فى القانون يجيز لمن وجه الاحتيال ضد مصلحته وهو هنا المستأجر أن يثبت التحايل طرق الإثبات كافة .

كذلك فإن المحكمة الجنائية لها مطلق الحرية فى الأخذ بدليل أو قرينة وطرح أى دليل آخر ولو كان مكتوبا متى ثبت لها أن هذا الدليل رغم صدوره من المتهم فإنه غير صحيح ويجافى الحقيقة التى تستخلصها من أوراق الدعوى ومستنداتها .

صورة ثامنة : تضمين عقد الإيجار بأن العين المؤجرة من الإسكان الفاخر على خلاف الحقيقة :

قد يتفق المؤجر مع المستأجر على تحرير عقد إيجار صورى صورية نسبية بأن يضمناه أن العين المستأجرة من نوع الإسكان الفاخر حالة أنها ليست كذلك وذلك لكى يتوصل المؤجر الحصول على أجرة أكثر من المقرر لأن الإسكان الفاخر لا يخضع لقواعد تحديد الأجرة عملا بالمادة الأولى من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فإذا أقام المؤجر بعد ذلك دعوى يطالب فيها المستأجر بالأجرة المبينة فى العقد فإنه يجوز للمستأجر أن يطعن على العقد بالصورية وإن يثبت بكافة طرق الاثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن صورية العقد ولا يتقيد فى ذلك بدليل كتابى (ورقة الضد) لأن هناك احتيال على القانون وإن هذا الاحتيال موجه ضد مصلحة المستأجر .

أحكام النقض فى الصورية التى يقصد بها التحايل على الأجرة القانونية :

١ - ومن حيث أن الوجه الثالث يتحصل فى أن الحكم خالف القانون إذ تحدث عن الصورية وإثباتها بين العاقدين بغير كتابة مع أن الوكيل إنما يعمل قانونا باسم ولحساب موكله فالوكيل والموكل شخص واحد ولا يجوز لأى منهما إثبات صورية العقد المبرم مع الغير بغير الكتابة ، وحاصل الوجه الرابع هو أن الحكم أعتبر عقد الإيجار عقدا صوريا دون أن يقيم الدليل على صوريته ولكنه إفترضها افتراضا . ومن حيث أن هذين الوجهين مردودان بأن الحكم إذ تحدث عن صورية عقد إيجار الطاعن فإنه إنما قصد الصورية التدليسية المبنية على الغش والتواطؤ بين طرفى العقد إضرارا بالموكل وهو المطعون عليه الأول وهى يجوز إثباتها قانونا بكافة الطرق وقد إستند الحكم فى إثباتها إلى قرائن منتجة منها أن الطاعن لم ينكر أنه يصهر إلى المطعون عليه الثالث - الوكيل - كما لم ينكر أنه شريكه فى التجارة وأن الطاعن تاجر فى الفشن ومن المستبعد أن يدير مثله فندق فى القاهرة كما إن الإدارة - الحسنة كانت تقتضى الوكيل أن يؤجر حصة موكله فى الفندق بأكثر من ستين جنيها فإن لم يستطع فلا أقل من أن يجدد عقد الإيجار مع المستأجر السابق بالشروط الواردة بمحضر الصلح إذ نص به فى حالة التجديد أن يكون الإيجار الشهرى ستين جنيها وأن الإيجارة عقدت لمدة ثلاث سنوات . ونص فى العقد على أن الايجار دفع كله مقدما وقبل أن يضع المستأجر يده على الفندق ويبين من ذلك أنه ليس صحيحا ما يدعيه الطاعن من أن الحكم إفترض صورية العقد بغير دليل كما أنه ليس صحيحا أنه خالف القانون إذا إستند إلى القرائن السابق ذكرها فى إثبات الصورية التدليسية .

(نقض جلسة ١٩٥٢/٣/٦ - السنة ٣ ص ٦٧٠) .

٢ - وحيث أن هذا النعى مردود ذلك أن الحكم الإبتدائى أورد فى سرده لوقائع النزاع المستندات المقدمة من الطاعن لتأييد دعواه بملكية المنقولات الموجودة فى الجراج المدعى بأنه أستأجره من السيدة سيمون

بونار . ولما كان الحكم الإبتدائى قد حصل بالأدلة السائغة التى أوردها على ما تقدم بيانه فى الرد على السبب الثانى إن عقد الإيجار عن الجراج صدر صوريا بإسم هذه السيدة وإن زوجها هو المستأجر الحقيقى للجراج والحائز له ، وكان الحكم قد رتب على ذلك أن عقد الإيجار الصادر من السيدة المذكورة إلى الطاعن فى ٢٢ / ١٢ / ١٩٥٥ بعد تاريخ توقف زوجها عن دفع ديونه المحدد فى ١١ / ٢ / ١٩٥٢ بحكم إشهار إفلاسه هو عقد تم بطريق التواطؤ للتهرب من دفع الديون ، وإذ أطرح الحكم الفواتير المقدمة من الطاعن بملكية المنقولات الموجودة بالجراج لعدم اطمئنانه إليها وقرر أن هذه الفواتير يمكن اصطناعها خدمة للدعوى ، فإن الحكم المطعون فيه وقد أحال إلى هذه الأسباب يكون قد نفى دلالة مستندات الطاعن على ادعائه بالملكية بما يكفى لحمل قضائه ويكون النعى عليه فى هذه السبب على غير أساس .

(نقض جلسة ١١ / ٦ / ١٩٦٨ السنة ١٩ ص ١١٥) .

٣ - وحيث أن هذا النعى فى جميع ما تضمنه مردود ، ذلك أن النص فى المادة ٥ مكرر من القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ المضافة بالقانون رقم ١٩٦٨ لسنة ١٩٦١ المعمول به إعتبارا من ٥ / ١١ / ١٩٦١ على أن تخفض بنسبة ٢٠ ٪ الأجور الحالية للأماكن التى أنشئت بعد العمل بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٨ وذلك إبتداء من الأجرة المستحقة عن الشهر التالى لتاريخ العمل بهذا القانون والمقصود الأجرة الحالية فى أحكام هذه المادة الأجرة التى كان يدفعها المستأجر خلال سنة سابقة على تاريخ العمل بهذا القانون أو الأجرة الواردة فى عقد الإيجار أيهما أقل وإذا كان المكان المؤجر لم يكن قد سبق تأجيره يكون التخفيض بالنسبة المتقدمة على أساس أجرة المثل عند العمل بأحكام هذا القانون » وإن كان يدل على أن المشرع قد أخضع لأحكامه المبانى التى تم إنشاؤها وإعدادها للسكنى بعد ١٢ / ٦ / ١٩٥٨ سواء كان قد بدئ فى إنشائها قبل أو بعد هذا التاريخ . وأن الأجرة الحالية التى تعتبر أجره الأساس ويجرى عليها التخفيض بمعدل ٢٠ ٪ هى الأجرة المسماة فى العقد السارى فى ٥ / ١١ / ١٩٦١ أو الأجرة التى يثبت أنه جرى التعامل بها فى شأن المكان المؤجر ذاته طوال السنة

السابقة على ذلك التاريخ أيتهما أقل ، أو أجرة المثل فى نوفمبر ١٩٦١ إذا لم يكن المكان قد سبق تأجيره ، إلا أن شرط الأخذ بالأجرة المسماة فى العقد السارى أن يكون عقد الإيجار المبرم عقدا حقيقيا وأن تكون الأجرة الواردة به أجرة حقيقته لا تزيد على الأجرة الفعلية ، بحيث يجوز للمستأجر اللاحق إذا لم يكن طرفا فى العقد أن يثبت صوريته وزيادة الأجرة الواردة به على الأجرة الفعلية بكافة طرق الإثبات بما فى ذلك البينة والقرائن ، ولما كان الواقع فى الدعوى أنه لا نزاع بين الطرفين فى أن شقة النزاع إنتهى البناء منها وأعدت للسكنى بعد العمل بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٨ وقبل نفاذ القانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٦١ وأنها تخضع لأحكام ذلك القانون الأخير ، وأن الخلف إنحصر بينهما فى تحديد الأجرة التى يجرى عليها التخفيض وأن محكمة أول درجة ناطت بمكتب الخبراء بيان تاريخ التأجير لأول مرة وتحديد القيمة الإيجارية الحقيقية التى كان يدفعها المستأجر خلال الفترة السابقة على ٥ / ١١ ١٩٦١ وأن الخبير إستبعد فى تقريره الأخذ بعقد الايجار المؤرخ ٢٠ / ٤ / ١٩٦١ الخاص بشقة النزاع وكذلك العقدين المؤرخين ٢٠ / ٤ / ١٩٦١ ، ٢٠ / ٩ / ١٩٦١ الخاصين لشقة المثل لصوريتهما مقررا أنها عقود إفتعلت لغرض غير واضح ، وإستند فى ذلك إلى ما أورده من أن حالة ومواصفات وموقع وسطح الشقة موضوع النزاع لا يمكن بحال من الأحوال أن تتناسب مع الأجرة الواردة بالعقد المقدم من الطاعن وأن شقة مماثلة لشقة النزاع تقع أسفلها مباشرة ومطابقة لها تماما كانت مؤجرة قبل صدور القانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٦١ بأجرة شهرية قدرها ١٨ جنيها و ٧٥٠ مليما وهى الأجرة المطابقة للثابت بكشف ربط الضريبة العقارية بالإضافة إلى ما ثبت بالحكم الصادر فى الدعويين ٢٦٥ ، ٢٨٦ لسنة ١٩٦٥ مدنى الدقى المرددتين بين الطاعن وبين المستأجر لشقة المثل الذى قرر أنها كانت أجرتها ١٨ جنيها و ٧٥٠ مليما وخفضت إلى ١٥ جنيها طبقا للعقد المؤرخ ٢٠ / ١٢ / ١٩٦١ وأن الطاعن أثر تقديم ذلك العقد قرر بتنازله عن الحجز الذى وقعه بموجب العقدين المؤرخين ٢٠ / ٤ / ١٩٦١ ، ٢٠ / ٩ / ١٩٦١ وانسحب للشطب فى دعوى المطالبة بالأجرة وأن مسلك الطاعن يدل على كيدية

الحجز ، وكان المقرر أن محكمة الموضوع متى رأت الأخذ بتقرير الخبير وأحالت إليه الأسباب التى أستند إليها فتعتبر نتيجة التقرير وأسبابه جزءا مكملا لأسباب الحكم ، وكانت تلك القرائن الثلاث مجتمعة ومتساندة تتضمن استخلاصا سائغا مؤداه صورية الأجرة الواردة بعقد الإيجار الصادر من الطاعن إلى المستأجر السابق لشقة النزاع ووجوب الالتجاء لإثبات أجرة المثل ، وهى قرائن تكفى لحمل الحكم فيما إنتهى إليه ويكون النعى عليه فى صدد ما تزيد فيه من الإستناد إلى الصور الشمسية لعقدى الإيجار المؤرخين ٢٠ / ١١ / ١٩٦١ ، ٢٠ / ١٢ / ١٩٦١ - والإيصال المؤرخ ١ / ٤ / ١٩٦٢ المقدمة من مستأجر شقة المثل غير منتج ولا جدوى فيه ، لما كان ذلك وكانت محكمة الموضوع غير ملزمة بإجابة الخصم إلى طلب الإحالة إلى التحقيق أو ندب خبير أخر متى رأت فيما أورده تقرير الخبير المقدم فى الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها للفصل فيها فإنه لا محل للنعى على الحكم رفضه الاستجابة لطلب الطاعن فى هذا الشأن طالما كانت المهمة الموكلة للخبير عن بيان الأجرة الحقيقة وتاريخ التأجير على ما سلف . لما كان ما تقدم وكان من الجائز اتخاذ عوائد الأملاك المبنية المربوطة على المكان المؤجر فى تاريخ شهر الأساس قرينة على مقدار أجرة المثل ، وكان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه ليس ثمت ما يمنع فى القانون من أن تستند المحكمة فى حكمها إلى ما قضى به فى قضية أخرى لم يكن الخصم طرفا فيها إذا كان ذلك لمجرد تدعيم الأدلة التى سردتها فيه لأن ذلك لا يعدو أن يكون إستنباطا لقرينة رأت فيها المحكمة ما يؤيد وجهة نظرها ، فإنه لا تثريب على الحكم أخذا بتقرير الخبير إذا هو اعتمد على الثابت بكشف ربط العوائد على شقة المثل أو استنبط من الحكم الصادر فى الدعويين رقمى ٢٦٥ ، ٢٨٦ لسنة ١٩٦٥ مدنى الدقى ما يؤيد وجهة النظر التى خلص إليها على ما مر تفصيله . ويكون النعى على الحكم بمخالفة القانون والقصور فى التسبيب على غير أساس .

(نقض جلسة ٢٥ / ٢ / ١٩٧٦ - السنة ٢٧ ص ٥٧٠) .

٤ - وحيث أن هذا النعى مردود بأن تقدير أدلة الصورية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو مايستقل به قاضى الموضوع

لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى . وإذ كانت محكمة الموضوع قد أقامت قضاءها على ما إقتنعت به من أدلة لها أصلها الثابت بأوراق الدعوى وكان استخلاصها سائغا وفيها الرد الضمنى برفض ما يخالفها ويؤدى إلى النتيجة التى إنتهى إليها الحكم فى قضائه ، وكانت محكمة الموضوع غير ملزمة قانونا بالرد فى حكمها على كل ما يثيره الخصوم فيما اختلفوا فيه ، وكانت هى صاحبة الحق فى تقدير قيمة ما يقدم إليها من الأدلة وأنه لا تثريب عليها فى الأخذ بأى دليل تكون قد إقتنعت به مادام هذا الدليل من طرق الإثبات القانونية ، وكان الحكم المطعون فيه قد عرض لما أثاره الطاعن من صورية عقد إيجار عين النزاع والذى إتخذته محكمة الدرجة الأولى سندا لقضائها وأورود فى هذا الشأن .. « فإن الحكم المستأنف إذ إستند إلى ثبوت صورية عقد الإيجار المعقود بين المستأنفة الثانية - المطعون عليها الثانية - والمستأنف ضده - وهو الأمر الذى يخالف المكتوب كتابة والمشروط شرطا إستنادا إلى أقوال شهود سمعتهم لا ترقى أقوالهم إلى هذا الاقتناع يكون قد أسس قضاءه بتلك الصورية على أساس غير سليم » ... لما كان ذلك فإن ما أثاره الطاعن لا يعدو جدلا فى أدلة الدعوى التى تستقل بتقديرها محكمة الموضوع ولا معقب عليها من محكمة النقض ، ومن ثم فإن النعى بهذا السبب يكون فى غير محله .

ولما تقدم يتعين رفض الطعن .

(نقض ١/٣/١٩٨٠ - السنة ٣١ ص ٦٧٧) .

٥ - يجوز للمستأجر إثبات ادعائه بأن العين أجرت خالية على خلاف الثابت بالعقد بكافة طرق الإثبات لأنه إدعاء بالتحايل على أحكام آمرة تتعلق بالنظام العام ، ولمحكمة الموضوع تقدير جدية الفرش أو صوريته فى ضوء ما تستنبطه من أدلة وقرائن قضائية سائغة إذ العبرة بحقيقة الحال لا بمجرد وصف العين فى العقد بأنها مؤجرة مفروشة .

(نقض ٧/١٢/١٩٨١ - الطعن ٩٧١ لسنة ٤٥ ق) .

٦ - يشترط لاعتبار المكان المؤجر مفروشا ألا يكون الفرش صوريا بقصد التحايل للتخلص من القيود التى نص عليها قانون إيجار الأماكن ، مما مفاد ذلك أن تشمل الإجارة بالإضافة إلى منفعة المكان فى

ذاته مفروشات أو منقولات كافية للغرض الذى قصده المتعاقدان من استعمال المكان مفروشا .

(نقض ٢٨ / ١٢ / ١٩٨١ - الطعن ١٠١٥ لسنة ٤٧ ق) .

٧ - الأصل عدم خضوع أجرة الاماكن مفروشة بأثاث من عند مؤجرها للتحديد القانونى ، إلا أن شرط ذلك الا يكون تأجيرها مفروشا صوريا بقصد التحايل على القانون والتخلص من قيود الأجرة ، فيلزم لاعتبار المكان المؤجر مفروشا حقيقة أن يثبت أن الإجارة شملت بالاضافة إلى منفعة المكان فى ذاته مفروشات أو منقولات ذات قيمة تبرر تغليب منفعة تلك المفروشات أو المنقولات على منفعة العين والا اعتبرت العين مؤجرة خالية وتسرى عليها أحكام قانون إيجار الأماكن . ويسرى هذا المبدأ سواء كان المؤجر للمكان مفروشا هو المالك أو المؤجر الأصلى أو كان هو المستأجر الأصلى واجر من باطنه العين التى يستأجرها إلى الغير مفروشة .

(نقض ٢٨ / ٣ / ١٩٧٩ سنة ٣٠ الجزء الأول ص ٩٥٣) .

٨ - يجوز إثبات التحايل على زيادة الأجرة بكافة طرق الاثبات ، ولمحكمة الموضوع تقدير جدية الفرش أو صوريته فى ضوء ظروف الدعوى وملابساتها وما تستنبطه منها من قدائن قضائية ، إذ العبرة بحقيقة الحال لابمجرد وصف العين فى العقد بأنها مؤجرة مفروشة . (حكم النقض السابق) .

٩ - تحديد أجرة .الاماكن - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - طبقا للقوانين المحددة للايجارات من مسائل النظام العام ولايجوز الاتفاق على مايخالفها وإن الاتفاق على أجرة تجاوز الحد الأقصى للأجرة القانونية يقع باطلا بطلانا مطلقا ويستوى أن يكون الاتفاق على هذه الزيادة قد ورد فى عقد الايجار أو أثناء سريانه وانتفاع المستأجر بالعين المؤجرة .

(نقض ٥ / ٥ / ١٩٧٩ السنة الثلاثون العدد الثانى ص ٢٧٦)

١٠- ولما كان الثابت بمدونات الحكم المطعون فيه أنه أورد فى تقرير قضائه أسبابا مفادها آن العقد موضوع التداعى لم يتضمن فى بنوده ما يوحى بأنه إقترن بالغش أو قصد به التهرب من القانون إخفاء للسبب

غير المشروع الذى يقول به الطاعن وهو تقاضى مبلغ ٢٠٠٠ جنيه خلو رجل فى علاقة إيجارية شفوية بينهما .. وكان الطاعن لم يبادر إلى إبلاغ النيابة بهذه الواقعة فور حيازته للشقة وكانت النيابة قد باشرت التحقيق فيها وإنتهت منه إلى قرار بالحفظ يكتسب حجية أمام القضاء المدنى وتلتزم به المحكمة ، وكان الطاعن لم يمثل أو يبدى هذا الدفاع أمام محكمة الدرجة الأولى كما لم يرفع دعواه بطلب الاعتداد بعقد الإيجار وصورية عقد التمليك إلا بعد رفع دعوى الفسخ الماثلة بعدة شهور ... وكانت الأوراق قد خلت مما يساند زعمه بسداد بعض أقساط الأجرة أو بقيام مبدأ ثبوت بالكتابة إذ هو مجرد إدعاء لا تؤازره أدلة الدعوى والقرائن المستفادة من أوراقها ولا يكفى لإثباتها الصورية بشهادة الشهود الأمر الذى تلتفت معه المحكمة عن طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثباتها ... لما كان ما تقدم وكان ما استدل به الحكم على نفى الصورية عن العقد بخلو بنوده مما يدل على إقترانه بالغش أو التحايل على القانون وإخفاء سبب غير مشروع فى حين أن الصورية لا يلجأ إليها إلا إبتغاء ستر هذه الأمور ، كما أن عدم مبادرة الطاعن بإبلاغ النيابة بواقعة خلو الرجل أو تراخيه فى رفع دعواه بالاعتداد بالعلاقة الإيجارية وبصورية عقد التمليك لما بعد رفع دعوى الفسخ - ليس من شأنه نفى الصورية ولا يدل بذاته على عدم وجودها - أما القول بأن قرار الحفظ الصادر من النيابة فى شأن واقعة خلو الرجل يكتسب حجية أمام القضاء المدنى فمردود بما هو مقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من أن الأوامر والقرارات الصادرة من سلطات التحقيق لا تكتسب حجية أمام القضاء المدنى لأنها لا تفصل فى موضوع الدعوى بل فى توافر أو عدم توافر الظروف التى تجعل الدعوى صالحة لإحالتها للمحكمة للفصل فى موضوعها - كما وأن الصورية القائمة على الاحتيال على القانون لا تقتضى - وعلى ما هو مقرر بقضاء النقض - قيام مبدأ ثبوت بالكتابة لإمكان تحقيقها وإثباتها بالقرائن وشهادة الشهود . لما كان ذلك وكان البين منه أن الأدلة والقرائن التى أوردها الحكم المطعون فيه - واستخلص قضاءه من مجموعها - لا يؤدى بعضها إلى ما إنتهى إليه فضلا عن فساد البعض الآخر منها بحيث

لا يعرف ما إذا يكون قضاؤه مع استبعادها فإن الحكم لذلك يكون معيبا بالفساد فى الاستدلال والقصور فى التسبيب .

نقض ٢٧ / ١٢ / ١٩٨٠ طعن رقم ١٧٣٢ لسنة ٤٩ قضائية) .

تحرير المستاجر والمؤجر عقدا فى يوم تحرير عقد الإيجار يحمل تاريخا صوريا لاحقا بموافقتهما على إنهاء العقد :

من المقرر إن القاعدة المنصوص عليها فى المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ / ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر - بامتداد عقد إيجار الأماكن التى تخضع لهذا التشريع الاستثنائى - قاعدة أمرة ومن النظام العام إلا أنه من المستقر عليه فقها وقضاء إن هذه القاعدة مقررة لصالح المستأجر فإذا وافق بعد إبرام العقد على إنهائه فى إتفاق لاحق كان هذا الاتفاق صحيحا وملزما له ، أما إذا حرر فى نفس يوم تحرير العقد فإنه يكون باطلا ولا أثر له ، لذلك فإن المؤجر كثيرا ما ينتهز حاجة المستأجر إلى المسكن ويملى عليه شرطا بتحرير عقد اتفاق فى نفس يوم تحرير عقد الإيجار يوافق فيه على إخلاء المسكن فى موعد محدد ويعطى عقد الموافقة تاريخا صوريا لاحقا لعقد الإيجار والغرض من صورية التاريخ فى هذه الحالة هو التحايل على أحكام الامتداد القانونى فإذا أقام المؤجر دعوى إخلاء على المستأجر أمام محكمة الموضوع إستنادا إلى موافقته على إنهاء العقد جاز للأخير أن يدفع بأنه عقد صورى صورية نسبية فيما يحمله من تاريخ وأنه حرر فى نفس يوم تحرير عقد الإيجار ويجوز له إثبات ذلك بطرق الإثبات كافة بما فيها شهادة الشهود وقرائن الأحوال لأن الاحتيال موجه ضد مصلحته .

وإذا رفع المؤجر ضد المستأجر دعوى مستعجلة بطرده وركن إلى هذ العقد فإنه يجوز للمستأجر أن يدفع بصورية تاريخه وقاضى الأمور المستعجلة يبحث من ظاهر المستندات ما إذا كان طعنه يقوم على سند من الجد أم لا ، فإذا استبان له انه يتسم بالجدية قضى بعدم اختصاصه أما إذا إتضح له عكس ذلك قضى بطرده من العين المؤجرة وإذا لم يستطع أن يرجح إحدى وجهتى النظر على الأخرى ورأى أن ذلك يحتاج

لبحث موضوعى كالإحالة إلى التحقيق أو ندب خبير قضى كذلك بعدم اختصاصه .

أحكام النقض :

١ - تنص المادة ٣٥ من قانون الاصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ المعدلة بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦ على أنه « لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء الأطيان المؤجرة ولو عند إنتهاء المدة المتفق عليها فى العقد إلا إذا أخل المستأجر بالتزام جوهرى يقضى به القانون أو العقد .. ويقع باطلا كل اتفاق يتضمنه عقد يخالف الأحكام المنصوص عليها فى هذا القانون » وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون تعديلها أنه منذ العمل بقانون الإصلاح الزراعى صدرت قوانين متتالية بامتداد عقود إيجار الأراضى الزراعية ، حماية لصغار الزراع الذين يعتمدون بصفة رئيسية فى معاشهم على ما تدره تلك الأطيان المؤجرة إليهم من ريع ، ولذلك رئى النص على عدم جواز طلب إخلاء الأطيان المؤجرة إلا إذا أخل المستأجر بالتزام جوهرى يقضى به القانون أو العقد على نحو ما هو مقرر بالنسبة لإيجار الأماكن وبطلان كل اتفاق يتضمنه العقد يخالف الأحكام المنصوص عليها فى هذا القانون مما مفاده أن المشرع الغى حق مؤجر الاطيان الزراعية فى إنهاء الإيجار بانقضاء مدته وجعل ذلك حقا للمستأجر وحده حماية له ، أسوة بما إتبعه بالنسبة لمستأجر الأماكن ، وذلك بنص أمر متعلق بالنظام العام يحميه من إخلائه من الأرض يستأجرها دون اعتبار لشخص المؤجر أو صفته أو من يحل محله ، مادام المؤجر كان صاحب صفة تخوله التأجير وقت إبرام العقد ، ومن ثم فقد عطل المشرع كل حكم يخالف ذلك من أحكام عقد الإيجار فى القانون المدنى .

(نقض ١٩٨٠/٣/٤ سنة ٣١ الجزء الأول ص ٧٢٤) .

٢ - النص فى المادة ٦٠٠ من القانون المدنى على أنه « إذا نبه أحد الطرفين على الآخر بالإخلاء واستمر المستأجر مع ذلك منتفعا بالعين بعد انتهاء الإيجار فلا يفترض إن الإيجار قد تجدد ما لم يقم الدليل على عكس ذلك » وما هو مقرر فى التشريعات المنظمة لإيجار الأماكن من

إمتداد عقود الإيجار بقوة القانون لا ينفى نزول المستأجر عن ميزة الامتداد وفى هذه الحالة يكون النزول عنها باتفاق يتم بين الطرفين بعد قيام العقد يتعهد فيه المستأجر بإخلاء المكان المؤجر فى ميعاد معين وبحلول الميعاد المذكور يصبح المستأجر بعد ذلك شاغلا المكان المؤجر بدون سند .

(نقض ٢٤ / ٣ / ١٩٧٩ سنة ٣٠ العدد الأول ص ٩٢٧) .

عقد الزواج الصورى الذى يقصد به التحايل على أحكام قانون إيجار الاماكن :

كان من بين القضايا التى عرضت على المحاكم وفصلت فيها دعوى تتحصل وقائعها فى أن مالك المنزل أقام دعوى أمام المحكمة الابتدائية طالبا طرد المدعى عليه من شقة يشغلها بدون سند قانونى وأسس دعواه على أنه كان يؤجر الشقة لسيدة أجنبية توفت وإن المدعى عليه إنتهز فرصة وفاتها واقتحم الشقة وأقام فيها فواجه المدعى عليه الدعوى قائلا أنه كان قد تزوج بمستأجرة الشقة وأنه يستمد حقه فى إقامته فيها من هذا الزواج فجابه المدعى هذا الدفاع طاعنا على عقد الزواج بالصورية المطلقة قائلا إن المدعى عليه كان يستأجر من باطن المستأجرة حجرة بالشقة المؤجرة لها وكان يؤدى لها بعض الخدمات ولما مرضت فى الفترة الأخيرة وأحس بدنو أجلها عرض عليها أن يقترن بها وذلك بقصد التحايل على أن يكون له الحق فى الإقامة بالشقة بعد وفاتها ودلل على ذلك بقرائن منها إن المستأجرة كانت سيدة مسنه وإن المدعى عليه شاب وإن فارق السن بينهما كان كبيرا وأنها توفيت بعد الزواج بفترة قصيرة وكانت مريضة عند عقد زواجها وظلت تعانى المرض حتى حانت منيتها وإن الزوجين يختلفان فى الديانة .

وهنا يثور البحث عن أثر الدفع بالصورية فى هذد الحالة .

أصدرت محكمة استئناف الاسكندرية بجلسة ١٥ / ٢ / ١٩٨٣ حكما فى الدعوى رقم ١٣٥ لسنة ٣٨ قضائية .

قضى بأنه لا يجوز الدفع بصورية عقد الزواج لأنه ليس من عقود المعاوضة لأن محله الزوجة والرأى عندنا انه يجب التفرقة بين ما إذا

كانت قواعد الشريعة الإسلامية هى التى تطبق على الزوجين أم غيرها من الديانات فإن كانت قواعد الشريعة الإسلامية هى التى تطبق فلا يجوز إثبات صورية عقد الزواج لابين الزوجين ولا من الغير عملا بالمبادئ الشرعية التى سبق إن أوضحناها وبينا سندها أما إذا كانت قواعد ديانة أخرى هى التى تطبق - وهى لا تطبق إلا إذا كان الزوج والزوجة من ديانة أخرى ومتحدين فى المذهب والملة - تعين تطبيق أحكامها فإذا كانت تبيح إثبات صورية الزواج جاز للمالك المدعى باعتباره من الغير أن يثبت صورية العقد بكافة طرق الاثبات القانونية ومنها البينة وقرائن الأحوال فإذا نجح فى الإثبات قضت المحكمة بطرد المدعى عليه من الشقة .

ومما هو جدير بالذكر أنه فى حالة ما إذا دفع أمام المحكمة بصورية عقد الزواج فإنه يتعين عليها إخطار النيابة لتتدخل فى الدعوى باعتبار إن مسألة من مسائل الأحوال الشخصية قد طرحت عليها وذلك عملا بالمادة ٨٨ من قانون المرافعات فإذا فات المحكمة ذلك وقضت فى الدعوى دون تدخلها فإن حكمها يكون باطلا أيا كان حكمها فى الدعوى سواء كان بالرفض أو القبول وهو بطلان من النظام العام لأن تدخل النيابة فى هذه الحالة وجوبى عملا بالمادة ٨٨ آنفة البيان .

صورية عقد الإيجار الصادر من المدين بتأجير العقار الذى تتخذ ضده إجراءات نزع الملكية :

من المقرر وفقا للمادة ٤٠٨ من قانون المرافعات إن عقود الإيجار الثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية تنفذ فى حق الحاجزين والدائنين المشار إليهم فى المادة ٤١٧ ومن حكم بإيقاع البيع عليه . أما عقود الإيجار غير ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية فلا تنفذ فى حقهم إلا إذا كانت من أعمال الادارة الحسنة . غير أن المدين قد يتواطأ مع شخص أخر ويحرر له عقد إيجار صورى بتأجير العقار . وفى هذه الحالة يجوز للراسى عليه المزاد أن يرفع دعوى يطلب فيها الحكم بأخلاء المستأجر لصورية عقده سواء كان العقد ثابتا التاريخ قبل تسجيل تنبيه

نزع الملكية أو بعده لأن تسجيل التنبيه لا أثر له على العقد الصورى . كذلك يجوز للراسى عليه المزاد أن يلجأ إلى قاضى الأمور المستعجلة بطلب طرد المستأجر الصورى إذا كان ظاهر الأوراق يدل دلالة واضحة على الصورية وبشرط توافر ركنى اختصاصه من استعجال وعدم مساس بأصل الحق . كما إذا استطاع الراسى عليه المزاد الحصول على ورقة الضد المحررة بين المدين والمستأجر ولم يجحدها المستأجر ، وكان فى بقاء المستأجر فى العين المؤجرة لحين الفصل فى دعوى الموضوع خطر على حقوق الراسى عليه المزاد .

أحكام النقض :

١ - وحيث إن النعى فى غير محله ، ذلك أن النص فى المادة ٤٠٦ / ١ من قانون المرافعات على أن « تلحق العقار ثماره وإيراداته عن المدة التالية لتسجيل التنبيه وللمدين أن يبيع ثمار العقار الملحقة به متى كان ذلك من أعمال الإدارة الحسنة ... » وفى المادة ٤٠٧ / ١ منه على أنه « إذا لم يكن العقار مؤجرا اعتبر المدين حارسا إلى أن يتم البيع مالم يحكم قاضى التنفيذ بعزله من الحراسة أو بتحديد سلطته .. » ، وفى المادة ٤٠٨ منه على أنه « ومع مراعاة أحكام القوانين الأخرى فى شأن إيجار العقارات تنفذ عقود الإيجار الثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فى حق الحاجزين والدائنين المشار إليهم فى المادة ٤١٧ ومن حكم بإيقاع البيع عليه وذلك بغير إخلال بأحكام القانون المتعلقة بعقود الإيجار الواجبة الشهر ، أما عقود الايجار غير ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فلا تنفذ فى حق من ذكروا إلا إذا كانت من أعمال الادارة الحسنة وفى المادة ٤٤٦ / ١ على أن « يصدر حكم بإيقاع البيع بديباجة الأحكام ... ويشتمل منطوقة على أمر المدين أو الحائز بتسليم العقار لمن حكم بإيقاع البيع عليه » يدل على أن المدين يعتبر بحكم القانون حارسا على العقار المحجوز إذا لم يكن مؤجرا قبل تسجيل التنبيه ، وأن الشارع دراء لمغبة أن يعمد المدين بمناسبة التنفيذ على عقاره إلى الكيد لدائنيه فيسئ إدارته وصولا إلى تقليل ثمراته وتنقيص قيمته فى نظر الراغبين فى الشراء ، ولما لاحظه من أن المستأجر من المدين أو ممثله قد يبادر إلى إثبات تاريخ

عقده قبل البيع الجبرى فلا يملك من تؤول إليه ملكية العقار طلب عدم نفاذ الإيجار عملا بالمادة ٦٠٤ من القانون المدنى جعل الأصل فى الإجارة التى تسرى على الدائنين الحاجزين وعلى من حكم بإيقاع البيع عليه أن تكون ثابتة التاريخ رسميا قبل تسجيل التنبيه دون تلك الحاصلة بعده . ولئن أجاز القانون التأجير للمدين وجعله نافذا فى حق الدائن ومن وقع عليه البيع متى كان من أعمال الإدارة الحسنة ، إلا أنه قصد بذلك أن يقيد حق المدين فى التأجير بالقيد الذى وضعه فى حالة بيعه ثمرات العقار ، إذ هو مسئول عن الأجرة بوصفه حارسا بعد أن ألحقت بالعقار ذاته من عدم تسجيل التنبيه إلى يوم البيع بالمزاد ، أما إذا تم إيقاع البيع بصدور حكم به فإن ثمرات العقار تكون من حق من وقع عليه البيع ولا يتعلق بها حق للدائنين لأن حقه الشخصى فى تسلم العقار ينشأ من يوم صدور الحكم بإيقاع البيع لا من يوم تسجيله فتنقضى الحراسة التى يفرضها القانون ويرتفع عن المدين وصف الحارس ولا يكون له صفة فى التصرف فى ثمرات العقار أو تأجيره ولا يكون تصرفه أو تأجيره نافذا فى حق من حكم بإيقاع البيع عليه باعتباره خلفا للدائنين أطراف خصومة التنفيذ ولما كان الواقع فى الدعوى أن عقد الإيجار الذى يستند إليه الطاعن لم يثبت إلا فى ١٢ / ١١ / ١٩٧٠ وفى تاريخ لاحق لتسجيل تنبيه نزع الملكية الحاصلة فى ٤ / ١٠ / ١٩٦٢ فإنه يكون من حق المطعون عليه الذى صدر الحكم بإيقاع البيع له ومن يوم صدور هذا الحكم ودون اشتراط لتسجيله الادعاء بصورية عقد الإيجار أنف الإشارة الصادر ممن يمثل المدين إلى الطاعن وأن يطلب طرد هذا الأخير من العقار الذى حكم بإيقاع بيعه عليه ، ويكون الدفع بعدم قبول الدعوى فى غير محله ، وإذا إنتهى الحكم المطعون فيه إلى هذه النتيجة فإن النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير أساس . لما كان ذلك وكان البين من الحكم المطعون فيه أنه قضى برفض الدفع بناء على أسباب مستقلة لا إحالة فيها إلى أسباب الحكم الابتدائى ، فإن النعى على ما أورده هذا الحكم الأخير - أيا كان وجه الرأى فيه - يكون غير مقبول .

وحيث إن الطاعن ينعى بالوجه الأول من السبب الثالث على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون ، وفى بيان ذلك يقول أن الحكم قضى بصورية

عقد الإيجار الصادر إلى الطاعن من وكيل الدائنين دون أن يدخل المطعون عليه هذا الأخير خصما فى الدعوى أو تقرر المحكمة إدخاله فيها ، مع أن صورية العقد لا تتجزأ مما يتعين معه اختصام طرفى العقد تفاديا لتناقض الأحكام ، وهو ما يعيب الحكم بمخالفة القانون .

وحيث إن النعى غير صحيح ، ذلك أن القانون لا يوجب فى دعوى الصورية اختصام أشخاص معينين ومن ثم فلا تأثير لعدم اختصام المؤجر فى دعوى صورية عقد الإيجار على قبول الدعوى وإنما الأثر والمترتب على ذلك ينحصر فى أن الحكم الصادر فيها لا يكون حجة عليه ويكون النعى على غير أساس .

وحيث إن حاصل النعى بالوجه الثانى من السبب الثالث الفساد فى الاستدلال ، وفى بيان ذلك يقول الطاعن إن الحكم المطعون فيه إنتهى إلى اعتبار عقد الإيجار موضوع الدعوى عقدا صوريا إستنادا إلى قرائن أوردها مع أن بعض هذه القرائن لا يؤدى إلى النتيجة التى خلص إليها وبعضها يتضمن مخالفة للقانون ، وإذا فسد الحكم فى استنباط أدلة معينة سرى الفساد إلى باقى الأدلة .

وحيث إن النعى غير سديد ، ذلك أن الحكم المطعون فيه إستند فيما إنتهى إليه من صورية عقد الإيجار إلى عديد من القرائن وإلى ما شهد به شاهد المطعون عليه من أن والد الطاعن يعمل خفيرا للحديقة وأن وكيل الدائنين هو الذى يضع اليد عليها ويتولى بيع ثمارها ولم يضع الطاعن اليد عليها ، وإذ كانت هذه الشهادة تعتبر دعامة تكفى لحمل الحكم ولم تكن محل تعييب من الطاعن فإن النعى على الحكم لإستناده إلى ما ساقه من قرائن أيا كان وجه الرأى فيه يكون نعيا غير منتج ولا جدوى منه .

وحيث إن الطاعن ينعى بالسبب الرابع على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون ، وفى بيان ذلك يقول إن المطعون عليه قرر فى صحيفة دعواه أن العقد الذى يتمسك به الطاعن غير نافذ فى حقه لثبوت تاريخه بعد تنبيه نزع الملكية وجعل ذلك سنده الأول والأساسى فى طلب الضرر ، ثم عاد بعد ذلك وادعى صورية عقد الطاعن صورية مطلقة ، مع أن التمسك بالصورية المطلقة يجب أن يسبق غيره من أوجه الدفاع : لأنه إذا قيل بقيام العقد ثم الأدعاء بعدم نفاذه ، فإن ذلك ينطوى على تسليم

بعدم صوريته ، وهو ما يعيب الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون .

وحيث إن النعى مردود ذلك أن العلة فى وجوب أن يطعن الدائن بالدعوى الصورية أولا حتى إذا أخفق منها كان له أن ينعى بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين إن الطعن فى الدعوى الأخيرة ابتداء يتضمن الإقرار بمعرفة التصرف بما لا يتفق مع الدفع بالصورية بعد ذلك بحيث يجوز للدائن إن يطعن فى تصرف مدينة بالصورية وبدعوى عدم نفاذ التصرف معا على سبيل الخيرة فيحاول إثبات الصورية أولا ثم ينتقل إن هو أخفق فيها إلى عدم النفاذ . لما كان ذلك وكان الثابت من الاطلاع على صحيفة الدعوى الابتدائية أن المطعون عليه إستهلها بقوله ... ... « غير أن المعلن إليه – الطاعن – تعرض للطالب – المطعون عليه – فى استلام الحديقة سالفة الذكر استلاما فعليا مدعيا أنه مستأجر لها من السنديك بموجب عقد إيجار ثابت التاريخ فى ١٨ / ١١ / ١٩٧٠ – ولما كان عقد الإيجار سالف الذكر هو عقد صورى تحرر بين المعلن إليه والسنديك إضرارا بالطالب ولم يثبت تاريخه إلا بعد صدور الحكم بإيقاع البيع على الطالب ... ... » ثم أورد المطعون عليه بعد ذلك قوله إن أساس طلب الطرد أن عقد الإيجار غير ثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه ومن ثم لا ينفذ فى حقه بالإضافة إلى أنه عقد صورى ، فإن مسلك المطعون عليه لا ينم عن أنه قد أقر بجدية التصرف المقرون بالدفع بعدم نفاذه فى حقه وأنه إذ أخفق فى هذا الدفع عمد إلى الطعن بالصورية بل الثابت أنه تمسك منذ البداية بعرض أسانيد الصورية وأدلته عليها ويكون النعى على غير أساس .

ولما تقدم يتعين رفض الطعن .

(نقض ٤ / ٥ / ١٩٧٧ السنة ٢٨ الجزء الأول ص ١١٢٥) .

الصورية فى إيجار الأراضى الزراعية :

نصت المادة ٣٣ مكررا من القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الإصلاح الزراعى المعدل بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٧٥ على أنه يجوز الاتفاق بين المؤجر والمستأجر على تحويل الإيجار بالنقد إلى إيجار بطريق الزراعة .

فقد أباحت هذه المادة للمؤجر والمستأجر الاتفاق على تعديل الإيجار بالنقد إلى إيجار بطريق المزارعة .

وقد يتفق المالك والمستأجر على تحرير عقد إيجار صورى يتضمن أن العقد لزراعة واحدة لحصول المالك على أجرة أكثر من المقرر فإنه يجوز للمستأجر أن يثبت بجميع طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن أنه رغم وجود العقد المكتوب فإنه يضع يده على العين بصفة مستمرة ، وإن العقد قد إمتد بالنسبة له أمتدادا قانونيا وبالتالى فلا يلزم إلا بالأجرة التى حددها القانون وهى سبعة أمثال الضريبة ، ويجوز إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات .

وقد يتفق المتعاقدان على أن يكون الإيجار بالنقد وبالأجرة أكثر من المقررة قانونا ويثبتا فى العقد بيانا صوريا على خلاف الحقيقة إن الإيجار بطريق المزارعة لستر الأجرة الزائدة التى يحصل عليها المؤجر ، فيجوز للمستأجر فى هذه الحالة إن يثبت بجميع طرق الإثبات القانونية حقيقة العلاقة الايجارية .

إيداع صورة العقد الجمعية التعاونية لا يمنع من الطعن عليه بالصورية :

يتعين التنويه بأن إيداع صورة من عقد الإيجار فى الجمعية الزراعية المختصة عملا بنص المادة ٣٦ من القانون الإصلاح الزراعى لا يمنع من الطعن عليه بالصورية لأن هذا الإجراء إنما يقع على عاتق المؤجر والإثار التى رتبها القانون عليه إنما تكون للعقد الصحيح وليس من شأن هذا الإيداع أن يصحح إجراءا باطلا ، كما هو الشأن فى تسجيل عقد البيع الذى لا يصحح العقد الصورى الذى وقع باطلا .

صورية العقد أو الإقرار الذى يوقعه مستأجر الأرض الزراعية بإنهائه الإيجار :

نصت المادة ٣٥ من قانون الإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ - المعدلة بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٦ على أنه « لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء الأطيان المؤجرة ولو عند إنتهاء المدة المتفق عليها

فى العقد إلا إذا أخل المستأجر بالتزام جوهرى يقضى به القانون أو العقد ويقع باطلا كل اتفاق بتضمنه العقد يخالف الأحكام المنصوص عليها فى هذا القانون » . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية لقانون تعديلها أنه منذ العمل بقانون الإصلاح الزراعى صدرت قوانين متتالية بإمتداد عقود إيجار الأراضى الزراعية ، حماية لصغار الزراع الذين يعتمدون بصفة رئيسية فى معاشهم على ما تدره تلك الأطيان المؤجرة إليهم من ريع ، ولذلك رؤى – النص على عدم جواز طلب إخلاء الأطيان المؤجرة إلا إذا أخل المستأجر بالتزام جوهرى يقض به القانون أو العقد على نحو ما هو مقرر بالنسبة لإيجار الأماكن وبطلان كل اتفاق يضمنه العقد يخالف الأحكام المنصوص عليها فى هذا القانون » ومؤدى ذلك أن المشرع جعل حق المستأجر فى البقاء فى العين المؤجرة غير معلق على إرادة المؤجر وأنه لا يجوز للمؤجر إنهاء العقد بأنتهاء مدته فإذا تضمن عقد الإيجار نصا يتضمن انقضائه بعد فترة معينة كان هذا النص باطلا لمخالفته قاعدة متصلة بالنظام العام وحق للمستأجر البقاء فى العين أما إذا وافق المستأجر بعد تحرير عقد الإيجار وسريان مفعوله فى عقد تال أو فى إقرار لاحق بأنهاء العقد فى تاريخ معين كان هذا العقد أو الإقرار صحيحا وملزما له لأن البطلان مقرر على توقيت العقد عند تحريره أما التعهد اللاحق فلا يمسه البطلان لأن الحماية مقررة لصالح المستأجر فإذا ظل المستأجر واضعا اليد على الأرض بعد إنتهاء عقده اللاحق فيجوز للمؤجر أن يطلب من المحكمة إخلاؤه منها ، ويجوز للمستأجر أن يطعن بأن العقد أو الإقرار الصادر منه صورى أى حرر على خلاف الحقيقة لسبب معين غير أنه لا يجوز له فى هذه الحالة أن يثبت الصورية إلا بالكتابة أى بورقة الضد ولا يصح القول بأن المستأجر يجوز له إثبات الصورية بكافة الطرق للتحايل على القانون ، ذلك إن موافقة المستأجر على أنهاء العقد بعد تحريره ليس أمرا متعلقا بالنظام العام كما سلف القول .

وكثيرا ما ينتهز المؤجر رغبة المستأجر فى استئجار الأرض الزراعية ويشترط عليه تحرير عقد اتفاق فى نفس يوم تحرير عقد الايجار يوافق فيه على إخلاء الأرض فى موعد محدد ويعطى عقد الموافقة تاريخا صوريا لاحقا لعقد الايجار والغرض من صورية التاريخ فى هذه الحالة هو

التحايل على أحكام الإمتداد القانونى فإذا أقام المؤجر دعوى بطرد المستأجر أمام القاضى الجزئى استنادا إلى موافقته على إنهاء العقد جاز للأخير أن يدفع بأنه عقد صورى صورية نسبية فيما يحمله من تاريخ وانه حرر فى نفس يوم تحرير عقد الايجاز ويجوز له إثبات ذلك بطرق الاثبات كافة بما فيها شهادة الشهود وقرائن الأحوال لأن الاحتيال موجه ضد مصلحلة .

وإذا رفع المؤجر دعوى مستعجلة بطرد المستأجر من العين المؤجره استنادا إلى أن يده على العين أصبحت بلا سند بعد أن وافق على إنهاء عقد الايجار باتفاق لاحق وطعن المستأجر على هذا العقد بالصورية النسبية بالنسبة لتاريخه فإن قاضى الأمور المستعجلة يبحث من ظاهر المستندات ما إذا كان طعنه يقوم على سند من الجد أم لا فإذا استبان له أنه يتسم بالجديه قضى بعدم اختصاصه أما إذا إتضح له عكس ذلك قضى بطرده وإذا لم يستطيع أن يرجح إحدى وجهتى النظر على الأخرى ورأى أن ذلك يحتاج لبحث موضوعى كالإحالة إلى التحقيق أو ندب خبير قضى كذلك بعدم اختصاصه .

أحكام النقض :

١ - عقود الايجار - الخاصة بالأرض الزراعية - لاتمتد بشروطها بحكم القانون - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - عملا بالمادة ٣٩ مكرر من قانون الاصلاح الزراعى المضافة بالقانون رقم ١٩٧ لسنة ١٩٥٣ إلا إذا تمسك المستأجر بها لأن هذا الإمتداد مقرر لمصلحته ، وله أن ينزل عنه متى شاء وإذ كان الثابت أن الطاعن « المستأجر » أنذر المطعون ضدهم الثلاثة الأول « المؤجرين » فى ٥ مارس سنة ١٩٥٢ بعدم تجديد الايجار الصادر له منهم عن الأرض موضوع النزاع وإن ظل واضعا اليد عليها بما يفيد عدم تمسكه بالايجار بعد أن انتهت مدته ، وهو مايعد معه غاصبا ، ويحق تبعا لذلك مطالبته بريع هذه الأرض دون التقيد بالفئة الايجارية المحددة فى قانون الاصلاح الزراعى .

(نقض ٩/٦/١٩٧٠ السنة ٢١ العدد الثانى ص ١٠١٥) .

٢ - ألغى المشرع حق مؤجر الأطيان الزراعية فى أنهاء الإيجار بانقضاء مدته وجعل ذلك حقا للمستأجر وحده حماية له ، أسوة بما إتبعه بالنسبة لمستأجر الأماكن وذلك بنص أمر متعلق بالنظام العام يحميه من إخلائه من الأرض - التى يستأجرها دون إعتبار لشخص المؤجر أو صفته أو من يحل محله ، مدام المؤجر كان صاحب صفة تخوله التأجير وقت إبرام العقد ومن ثم فقد عطل المشرع كل حكم يخالف ذلك من أحكام عقد الإيجار فى القانون المدنى .

(نقض ٤ / ٣ / ١٩٨٠ سنة ٢١ الجزء الأول ص ٧٢٤) .

صورية عقد إيجار الأرض الزراعية الصادر من الدائن المرتهن :

من المقرر أن الدائن المرتهن متى إستلم الأرض المرهونة تنفيذا لعقد الرهن الحيازى فله أن يستغلها لحساب المدين الراهن الاستغلال المعتاد فله أن يزرعها بنفسه وله أن يؤجرها للغير نقدا أو بطرق المزارعة فإذا أجرها فإن عقد الإيجار يكون صحيحا لصدوره ممن يملكه ، فإذا إنقضى عقد الرهن فإن عقد الإيجار لا ينقض بانقضائه بل يمتد بقوة القانون بالنسبة للمدين الراهن وذلك إذا توافرت فيه أربعة شروط أولها أن يكون ثابتا بالكتابة وثانيها ألا يكون لزرعة واحدة وثالثها أن يكون جديا ورابعها أن تكون قد أودعت نسخة منه بالجمعية التعاونية المختصة ، غير أن الدائن المرتهن قد يتواطئا مع شخص آخر ويؤجر له العين تأجيرا صوريا حتى يستطيع أن يظل واضعا يده على العين بعد انقضاء عقد الرهن . فى هذه الحالة يجوز للمدين الراهن أن يرفع دعوى بأخلاء المستأجر من الأرض وأن يدخل فيها الدائن المرتهن وأن يثبت صورية عقد الإيجار فإذا إستطاع أن يثبت الصورية قضت المحكمة بأخلاء المستأجر من الأرض تأسيسا على أن عقده صورى وبالتالى فلا يرتب آثرا ومن ثم فإن وضع يد المستأجر على الأرض تضحى بغير سند .

ويستطيع المدين إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات إذ يثبت فى هذه الحالة غش المرتهن وتواطئه مع المستأجر .

أحكام النقض :

١ - للدائن المرتهن متى إنتقلت إليه حيازة الأرض المرهونة أن يستغلها لحساب الراهن الاستغلال المعتاد على الوجه الذى تصلح له ، إما بزراعتها أو بتأجيرها إلى من يقوم بذلك ، فإذا أجرها إلى الغير كان صاحب صفة فى التأجير ، وبالتالى فإن عقد الإيجار الصادر منه لا ينقضى بإنقضاء الرهن بل يمتد تلقائيا فى مواجهة الراهن . لما كان ذلك وكان الثابت أن عقد الإيجار الصادر من الدائن - المطعون عليه الخامس - إلى الطاعنين قد حرر وأثبت فى دفاتر الجمعية التعاونية طبقا للقانون ، فإنه يمتد حتى بعد انقضاء الرهن فى مواجهة المدينين الراهنين - المطعون عليهما الثالثة والرابعة - اللتين تحلان محل الدائن المرتهن - المطعون عليه الخامس - كمؤجر ويحل من بعدهما كمؤجر المشتريان منهما المطعون عليهما الأول والثانى ويجرى عليهم جميعا حكم القانون بامتداد عقد الإيجار فلا يجوز إخلاء الطاعنين من الأرض التى يستأجرانها طالما أنهما لم يخلا بأى التزام جوهرى يقضى به القانون أو العقد . وإذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يستوجب نقضه .

(نقض ٤/٣/١٩٨٠ سنة ٣١ الجزء الأول ص ٧٢٥) .

الفصل الثالث

الصورية فى الهبة

الهبة ، كما عرفتها المادة ٤٨٦ مدنى « عقد يتصرف بمقتضاه الواهب فى مال له دون عوض ويجوز للواهب دون أن يتجرد من نية التبرع أن يعرض على الموهوب له القيام بالتزام معين » . وهى عقد رسمى ، وإذا ألزم فيها الموهوب له ببعض التكاليف فهى من العقود الملزمة للطرفين . والمحرر الرسمى واجب فى الهبة سواء أكان موضوعها عقارا أم منقولا وإلا كانت باطلة .

فقضت المادة ٤٨٨ مدنى على أن تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر .

فإذا لم تكن الهبة بورقة رسمية وقعت باطلة مطلقا . وعلى ذلك يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، ويجوز للمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها .

غير أن الهبات المستترة ، وهى التى تقع فى صورة عقود أخرى كالقرض وكالبيع سرا فقد استثناها القانون المصرى صراحة فى الفقرة الأولى من المادة ٤٨٨ .

وعلى ذلك فإن الهبة المستترة تعفى من القيود الشكلية والموضوعية على حد سواء ففى الهبة المستترة للعقار يكون العقد صحيحا بالرغم من انه لم يوثق فى ورقة رسمية ، ويكفى ان يكون العقد الساتر قد استوفى ظاهر شرائط انعقاده وتكون للهبة صحيحة لا بالنسبة للغير فحسب ، بل أيضا فيما بين المتعاقدين ، وفى الهبة المستترة للمنقول يكون العقد صحيحا كذلك بالرغم من انه يوثق فى ورقة رسمية ، وبالرغم من الموهوب لم يقبض ، فيغنى العقد الساتر بذلك عن كل من الشكلية والعينية .

شروط الهبات المستترة :

١ - وجود عقد ساتر يكفى فيه المحرر العرفى .

لا تكون الهبة المستترة صحيحة شكلا إلا إذا كان المحرر العرفى يكفى لصحة العقد الساتر .

والغالب أن تقع الهبات المستترة فى صورة عقد بيع أو مقايضة . ومثالها أن أبيع عقارا من ممتلكاتى فى مقابل ٥٠٠٠ ج ، وأعطى مخالصة بالثمن من غير أن أكون قد قبضته .

وليس عقد البيع وحده هو الذى يستر عقد الهبة ، فكل العقود التى بمقابل قد تؤدى إلى هذا الغرض .

فيجوز أن تكون الهبة فى شكل عقد إيجار ، كأن يؤجر شخص عقارا أو منزلا مقابل أجرة لا يطالب بها . ويجوز أن يستر الهبة عقد شركة ، أو عقد عارية ، أو عقد صلح أو عقد ترتيب إيراد مدى الحياة .

٢ - توافر جميع شروط العقد الساتر :

فإذا كان العقد الساتر عقد بيع آشترط آن يوجد الإيجاب والقبول من البائع والمشترى ، وإن يتفق الطرفان على الثمن وباقى الشروط الأخرى فإذا انعدم ركن من أركان البيع فالبيع باطل ، وتكون الهبئة المتسترة فيه باطلة .

ويشترط آلا يدل الظاهر فى عقد البيع الساتر على انه حقيقى . فإذا كانت الرغبة فى الهبة ظاهرة ظهورا جليا من خلاله فلا يكون هناك هبه موصوفة بصفة عقد آخر ، بل هبه صريحة ويجب لكى تكون صحيحة أن تحرر بورقة رسمية .

٣ - توافر شروط الهبة :

جعل الهبة تحت ستار عقد آخر لا يعفيها إلا من اشتراط المحرر الرسمى فيجب أن تتوافر فيها سائر شروط الهبة كأن يكون الواهب ممن يملك التبرع ، وأن يكون مالكا للشىء الموهوب .

ذلك أن العبرة فى تفسير العقود بالمقاصد والمعانى ، لا بالألفاظ والمبانى فإذا تبين من عقد بيع صادر من جد لحفيده أن الثمن الوارد فى العقد لا يوازى سدس الثمن الحقيقى ، وثبت أن البائع من ذوى اليسار

وليس فى حاجة إلى بيع شيء من أملاكه وأنه هو الذى قام بتسجيل العقد ودفع رسومه وأنه فى تاريخ العقد كان ينفق على حفيده واستمر ينفق عليه إلى ما بعد الانتهاء من دور الدراسة ، وإن العين المبيعة بقيت هذه المدة كلها وهى تسع سنوات تحت يد البائع يستولى على ريعها ويدفع أموالها فتفسير العقد على ضوء هذه الحقائق يدعو إلى الحكم بأنه لم يكن هناك بائع ولا مشتر ، وإنما هو عقد تبرع مضاف إلى ما بعد الموت .

كذلك من المقرر أنه إذا كان عقد الهبة موصوفا بصفة عقد آخر كعقد البيع وكان قد قصد به التبرع الحالى والتخلص من الشيء الموهوب كانت هبة صحيحة جائزة ، أما إذا تبين أن الشيء محل التبرع لم يخرج من حيازة المتبرع ، بل ظل تحت يده متوليا إدارته متمتعا بمظاهر ملكيته له حال حياته ، كان ذلك مفسرا لغرضه ، وهو جعل التبرع مضافا إلى ما بعد الموت لحرمان بعض الورثة من حقهم فى الميراث مما يلحق بالوصية التى لاتجيز التمييز فى حقوق الميراث ولا التحايل على قواعده الا فى حدود الثلث أما مازاد عن الثلث فلا تنفذ إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة المورث .

وقد إنقسمت المحاكم المصرية بشأن هبة الثمن فى حالة البيع ، وصورتها إذا ذكر البائع فى عقد الهبة أنه يهب الثمن للمشترى ، أو يبرئه منه . فبعضهم أعتبر هذه الحالة هبة فى صورة عقد بيع وحكم بصحة الهبة . وحجتهم فى ذلك أن المادة ٤٨٨ من المجموعة المدنية لم تشترط أن يكون البيع حقيقا أو صوريا ، بل يكفى أن تكون الهبة الموصوفة بعقد آخر ، وعليه فعقد البيع الذى يذكر فيه أن البائع وهب الثمن للمشترى أو ابرأه منه يجب أن يعتبر عقد هبة فى صورة عقد بيع وأن يكون صحيحا ولو عرفيا لأن أركان البيع فيه متوافرة واستطردوا أن الهبة فى هذه الحالة لم تقع إلا على الثمن ، وهو منقول ، وهبه المنقول جائزة قانونا بدون أن تكون ورقة رسمية . وأضافوا أنه ليس من المقبول أن يكون الشارع قد أجاز الهبة التى يذكر البائع فيها كذبا أنه قبض الثمن ، وعدم إجازتها عندما يذكر البائع أنه وهب المشترى الثمن أو أبرأة منه ، لا فرق بين تلك العقود والنتيجة واحدة فيها .

بينما ذهب البعض الآخر إلى اعتبار هذا البيع هبة محضة ، وحكم

بعدم صحتها لورودها فى عقد عوض واستندوا فى ذلك إلى أن الهبة الموصوفة بعقد بيع لا تكون صحيحة إلا إذا كان عقد البيع الساتر لها فى ظاهرة دالا على بيع حقيقى ، فإن دل على تبرع من البائع فلا يعتبر بيعا حقيقا ولا هبة فى صورة عقد بيع ، بل يعتبر هبه محضه ، إذ أن الهبة ما هى إلا تمليك بلا عوض ، وهذا ما يفيده عقد البيع الذى يذكر فيه البائع أنه يبرئ المشترى من الثمن واردفوا بأن القول بأن الهبة لم تقع إلا على الثمن الذى يعتبر منقولا ، وإن الهبة فيه صحيحة - بدون أن تحرر فى ورقة رسمية - فهو قول غير سديد ، لأن البيع عقد ملزم لطرفى العقد ، إحدهما يلتزم بنقل ملكية الشىء للثانى الذى يلتزم فى مقابلة بدفع ثمنه المتفق عليه ، فإن كان العقد لا يلزم إلا طرفا واحدا فقط خرج العقد من حكم البيع وصار عقدا آخر ، كما أن هبة المنقول إذا لم تعمل بمحرر رسمى لا تكون صحيحة إلا إذا حصل تسليم الموهوب ، وهنا لا تسليم .

والرأى الثانى هو الأصوب ، وهو ما آخذت به محكمة النقض التى قررت « أنه لا عبرة بعدم ذكر قبض الثمن فى عقد البيع متى كان الثمن مسمى فيه فإن البيع يقتضى إطلاقا التزام المشترى بدفع الثمن المسمى ، ولكن إذا كان الثمن لم يذكر فى العقد ، أو ذكر إبراء المتصرف إليه منه أو وهبه له ، فإن العقد فى هذه الحالة لا يصح آن يكون ساترا لهبة ، لأن القانون وإن أجاز أن يكون العقد المشتمل على الهبة موصوفا بعقد آخر - فإنه يشترط أن يكون هذا العقد مستوفيا الأركان والشرائط اللازمة لصحته » .

ويقع عبء الإثبات على من يدعى آن العقد الظاهر ليس إلا هبة متسترة ليجرى عليه أحكام الهبة الموضوعية فيخضع الإثبات للقواعد العامة فيما بين المتعاقدين فتلزم الكتابة إذا جاوز التصرف عشرين جنيها ما لم يكن هناك مانع أدبى .

أما بالنسبة للغير كدائن الواهب إذا طعن فى الهبة المتسترة فله إثبات إن العقد الظاهر ما هو إلا هبة متسترة وذلك بجميع طرق الإثبات لأن الغير لا يكلف الإثبات بالكتابة .

وقاضى الموضوع هو الذى يستقل بتقدير ما إذا كان التصرف هبة متسترة أم لا دون معقب على تقديره من محكمة النقض .
(الوسيط جـ ٥ ص ٤٧ - د. كامل مرسى ص ٧٨ ، د. جمال زكى ص ٢٨) .

أحكام النقض :

١ - إستقر قضاء هذه المحكمة فى ظل القانون المدنى على أنه إذا كان الثمن لم يذكر فى عقد البيع إلا بصفة صورية ، فإن العقد يصح بوصفه هبة مستترة فى صورة عقد بيع وأنه لا يتعارض مع تمييز التصرف فى أن يظل البائع واضعا يده على ما باعه أو أن يحتفظ لنفسه كمدى الحياة بحق الانتفاع .
(نقض ٢١ / ٥ / ١٩٧٢ س ٢٣ ص ١١٤٢) .

٢ - لا عبرة بعدم ذكر قبض الثمن فى عقد البيع متى كان الثمن مسمى فيه فإن البيع يقتضى إطلاقا التزام المشترى بدفع الثمن المسمى ولكن إذا كان الثمن لم يذكر فى العقد أو ذكر مع إبراء التصرف له منه أو وهب إليه فإن العقد فى هذه الحالة لا يصح أن يكون ساتر الهبة ، لأن القانون وإن أجاز أن يكون العقد المشتمل على الهبة موصوفا بعقد آخر إلا أنه يشترط أن يكون هذا العقد مستوفيا الأركان والشرائط اللازمة لصحته .
(نقض ١٩٣٨/٦/٩ مجموعة ٢٥ سنة الجزء الثانى ص ١١٩٤) .

٣ - تجيز المادة ٤٨٨ من القانون المدنى حصول الهبة تحت ستار عقد آخر وكل ما يشترط القانون لصحته الهبة المستترة أن يكون العقد الساتر للهبة مستوفيا الشروط المقررة له فى القانون وإذا كان الحكم قد إنتهى فى أسبابه إلى أن تصرفات مورث الطاعن - التى إعتبرها هبات مستترة - قد صدرت منجزة ومستوفية الشكل القانونى بتلاقى إيجاب وقبول على بيع معين لقاء ثمن مقدر وكان ذكر الباعث الدافع للهبة فى العقد الساتر لها يتنافى مع سترها مشروعية السبب فى هذه التصرفات ، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بالخطأ فى تطبيق القانون وفى تأويله يكون على غير أساس .

(نقض ١٧ / ٤ / ١٩٦٩ س ٢٠ ص ٦٢٧ ، ونقض ١ / ٢ / ١٩٧٣ س ٢٤ ص ١٥١) .

٤ - وحيث أن هذا النعي مردود ، ذلك أن الثابت بالحكم المطعون فيه أن محكمة الاستئناف فى سبيل التعرف على حقيقة العقد المختلف على تكييفه بين الطرفين أصدرت حكما بإحالة الدعوى إلى التحقيق كلفت فيه الطاعنين بإثبات إن العقد قصد به الإيصاء لا البيع الناجز ، وإن المطعون عليهما لم يضعا اليد على العين المبيعة حتى وفاة المورثة ولم يدفعا الثمن . وبعد سماع أقوال شهود الطرفين عرض الحكم المطعون فيه لهذه الأقوال وقرر إن نية المتعاقدين قد إنصرفت إلى البيع الناجز لا إلى الوصية اعتمادا على ما حصلة من شهادة شهود المطعون عليهما وذلك فى قوله « شهد الأول بأنه توجه إلى منزل المورثة التى تمت إليه بصلة القرابة وكان يصحبه الشاهد الثانى وأخبرته أنها باعت أرضها لإبنتيها - المستأنف عليهما - (المطعون عليهما) - وطلبت منه تحرير عقد بيع بذلك فاستعان بالشاهد الثانى الذى قام بكتابة العقد ووقعته المورثة كما وقع هو والشاهد الثانى على العقد كشاهدين - وقرر الشاهد الثانى - أقوالا تتفق فى جملتها وما قرره الشاهد السابق . وقرر الشاهد الثالث أنه كان يستأجر الأرض أصلا من المورثة ثم أخذ يسدد الإيجار إلى المستأنف عليهما منذ سنة ١٩٥٥ وكانتا تباشران شئون الأرض منذ ذلك التاريخ » . ولما كان يبين من أقوال هؤلاء الشهود التى أوردها الحكم واطمأن إليها أن المطعون عليهما كانتا بعد التصرف تظهران بمظهر المالك للأطيان المتصرف فيها . وكان الحكم قد اتخذ من هذه الأقوال سندا لما هو ظاهر فى نصوص العقد الصريحة من أن المورثة أرادت نقل ملكية الأطيان إلى المتصرف لبما حال حياتها فإن الحكم إذ أنتهى إلى إنصراف نية العاقدين إلى البيع المنجز يكون قد أقام قضاءه على أسباب لا خطأ فيها ومن شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى إنتهى إليها وتكفى لحمله . لما كان ذلك وكان التراخى فى تسجيل - التصرف لا يخرجه عن طبيعته ولا يغير من تنجيزة ، كما لا يتعارض مع تنجيز التصرف فى الأطيان قيام المورثة بعد التصرف بسداد دين مضمون برهن هذه الأطيان ، ولا يمنع من ذلك عدم استطاعة المتصرف إليهما

دفع الثمن المبين بالعقد ذلك أن التصرف الناجز يعتبر صحيحا سواء أكان العقد فى الحقيقة بيعا أو هبة مستترة فى عقد البيع مستوفيا شكله القانونى . وإذ أورد الحكم المطعون فيه - على ما سلف بيانه - الأدلة السائغة التى تؤدى إلى اعتبار التصرف منجزا فإنه يكون قد تضمن الرد على ما يخالفها وتكون المجادلة بالقرائن التى ساقها الطاعنان متعلقة بتقدير الدليل الذى يستقل به قاضى الموضوع . لما كان ما تقدم وكانت القرينة القانونية التى أستحدثتها المادة ٩١٧ من القانون المدنى الحالى متصلة بموضوع الحق اتصالا وثيقا فلا يجوز وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة إعمالها بأثر رجعى على التصرفات السابقة على تاريخ سريانه ، وكان المقرر فى القانون المدنى القديم - الذى أبرم فى ظله التصرف موضوع الدعوى - إن الأصل فى تصرفات المورث أنها حجة على ورثته وعلى من يطعن من هؤلاء بأن التصرف يخفى وصية أن يقيم الدليل على ذلك بأى طريق من طرق الإثبات وكان احتفاظ البائع بحقه فى الانتفاع بالعين المتصرف فيها يعتبر مجرد قرينة يتوسل بها الطاعن لإثبات طعنه وتخضع كسائر القرائن القضائية لمطلق تقدير قاضى الموضوع ، وإذ لم يأخذ الحكم المطعون فيه بما قرره شهود الطاعنين فى شأن وضع البائعة يدها على الأطيان المبيعة حال حياتها وأخذ بأقوال شهود المطعون عليهما التى تساند ما ورد بعقد البيع فى هذا الخصوص فإن الحكم لا يكون قد خالف القواعد المعمول بها فى ظل القانون القديم الذى يحكم التصرف موضوع الدعوى كما لا يكون مشوبا بالقصور فى التسبيب ويكون النعى عليه بهذا السبب على غير أساس .

(نقض ١٣ / ٥ / ١٩٦٨ السنة ١٩ ص ٢٧٧) .

٥ - وحيث إن هذا النعى مردود ، ذلك أنه يشترط لانطباق المادة ٩١٧ من القانون المدنى أن يكون المتصرف إليه وارثا فإذا لم يتوافر هذا الشرط كان للوارث الذى يطعن على التصرف بأنه يستر وصية إثبات هذا الطعن بكافة طرق الإثبات وله فى سبيل ذلك أن يثبت احتفاظ المورث بحيازة العين المتصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها كقرينة قضائية يتوصل بها إلى إثبات مدعاة والقاضى بعد ذلك حر فى أن يأخذ بهذه القرينة أو لا يأخذ بها شأنها فى ذلك شأن سائر القرائن القضائية التى

تخضع لمطلق تقديره . لما كان ذلك ، وكان احتفاظ الواهب بحقه فى الانتفاع بالمال الموهوب مدى حياته لا يتحتم معه وجوب اعتبار العقد وصية ولا يتعارض مع تنجيز التصرف وكان الحكم المطعون فيه قد اعتمد فى قضائه برفض ما تمسك به الطاعنون من أن عقد الهبة الصادر من مورثتهم إلى المطعون عليه الأول وهو غير وارث يخفى وصية على ما استظهره من أقوال شهود المطعون عليه المذكور - الذين سمعتهم محكمة الاستئناف ولم تكن محل نعى الطاعنين - من أن عقد الهبة قد تم بتنجيزه بأن استلم الموهوب له حال حياة الواهب المنازل موضوع العقد واستغلها لحساب نفسه ، فإن النعى على الحكم المطعون عليه بهذا السبب لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى تقدير الأدلة مما لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض .

(نقض جلسة ٢٦ / ٦ / ١٩٧٥ - السنة ٢٦ ص ١٣١٤) .

٦ - وحيث أن لدائن المتعاقد أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النية والمفروض إن الدائن حسن النية لا علم له بالعقد المستتر وعلى من يدعى عكس ذلك أن يثبت ما يدعيه ، ولما كان الثابت بعقد البيع المسجل بتاريخ ١٨ / ٤ / ١٩٦٢ أنه نص فيه على أن المرحوم .. .. .. مدين الطاعنة قد دفع الثمن من ماله الخاص تبرعا منه للقصر المشترين ، وكانت الطاعنة قد تمسكت بهذا النعى الوارد بالعقد كدليل على أن التصرف ضار بها وطلبت عدم نفاذه فى حقها وكانت المادة ٢٣٨ / ٢ من القانون المدنى تقضى بأنه إذا كان التصرف تبرعا ، لا ينفذ فى حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا وكان الحكم المطعون فيه قد رفض هذا الطلب تأسيسا على أن دور مدينها فى العقد لم يتجاوز تمثيل القصر باعتباره وليا عليهم وإن التصرف فى حقيقته هبة ولم يدفع أى ثمن وإن الطاعنة لم تقدم الدليل على عكس ذلك فتغدو الأوراق خالية مما يؤيد أن التصرف قد أضر بالطاعنة فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يوجب نقضه فى خصوص قضائه برفض دعوى الطاعنة عدم نفاذ هذا التصرف فى حقها .

(نقض جلسة ١١ /٥/ ١٩٧٨ - السنة ٢٩ الجزء الأول ص ١٢٢٣) .

٧ - وحيث إن هذا النعى مردود ، ذلك بأن القانون المدنى قد نظم عقد الهبة تنظيما كاملا بالمواد من ٤٨٦ إلى ٥٠٤ وإذ كان من المسلم كما جاء بمذكرته الإيضاحية أنه قد إستمد الأحكام الموضوعية فى الهبة من الشريعة الإسلامية فإن هذا لا يسوغ الخروج على النصوص التشريعية بدعوى اللجوء إلى مصدرها مادامت واضحة الدلالة فيما يتناول لفظها أو فحواها ، لما كان ذلك وكان إعمال القواعد العامة للعقود المنصوص عليها فى الفصل الأول من الباب الأول من التقنين المدنى يقضى بأن تصح هبة جميع أنواع الأموال والحقوق العينية التى عليها كحق الانتفاع وحق الرقبة وحق الارتفاق ، فإن ما إنتهى إليه الحكم المطعون فيه من رفض الدفع ببطلان عقد الهبة المؤرخ ٩ / ٧ / ١٩٦٢ لوروده على حق الرقبة دون المنفعة يكون صحيحا ولا يقدح فى ذلك احتفاظ الواهب بحقه فى الانتفاع مادام التصرف بالهبة قد تم منجزا وهو ما استدل عليه الحكم من تسجيل الواهب لعقد الهبة بغير توثيقه مباشرة وعدم اشتراطه فيه منع المطعون ضدها الأولى من التصرف فى العقار موضوع الهبة وبما أفصح عنه فى العقد المؤرخ ٢٦ / ٩ / ١٩٦٨ ، ثم إنه لا على الحكم المطعون فيه بما لقاضى الموضوع من سلطة تقديرية فى استخلاص القرائن القضائية فيما ارتآه من أن احتفاظ الواهب بحقه فى الانتفاع بالمال الموهوب بعد هبة حق الرقبة لا يفيد اعتبار هذا التصرف للمطعون ضدها الأولى وهى غير وارثة تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت ، إذ أن التمسك من الطاعن بأن عقد الهبة يترك وصية هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر يخضع للقواعد العامة فى الإثبات التى تلقى على الطاعن وهو وارث الواهب عبء إثبات هذه الصورية فإن عجز وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد الذى يعد حجة عليه ويكون الحكم المطعون فيه حين اعتبر الطعون الموجهة لعقد هبة الانتفاع الأخير المؤرخ ٢٦ / ٩ / ١٩٦٨ غير منتجة لأنها تقوم على اعتبار العقد الأول باطلا قد التزم صحيح القانون .

(نقض جلسة ٢٨ / ٥ / ١٩٨٠ - السنة ٣١ الجزء الثانى ص ١٥٣١) .

٨ - المقرر أنه إذا كانت الهبة مشروطة للمساهمة فى خدمة عامة

فإن الرسمية لا تكون لازمة لانعقادها وإن الهبات التى يشترط فيها مقابل لا تعتبر من قبيل التبرعات المحضة التى يجب أن توثق فى عقد رسمى .

(نقض جلسة ٢١ / ٢ / ١٩٨٤ طعن رقم ١٥٢٨ - السنة ٥٣ قضائية ، ونقض ١١ / ٤ / ١٩٤٠ - مجموعة ٢٥ سنه - جـ ٢ ص ١١٩٤ قاعدة ٢١) .

٩ - من المقرر . وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إن الهبة التى يشترط فيها المقابل لا تعتبر من التبرعات المحضة وإن التبرع بتقديم عقار لجهة إدارية لإقامة مشروع ذى نفع عام على أن تتحمل الإدارة بقيمة النفقات وإقامة المشروع لا يعتبر عقد هبة يخضع للأحكام المقررة فى القانون المدنى من وجوب إفراغه فى ورقة رسمية ، وإنما تعتبر عقدا إداريا تطبق عليه الأحكام والقواعد الخاصة بالعقود الإدارية .

(نقض ٢٥ / ١٢ / ١٩٨٤ طعن رقم ١٢٧٦ لسنة ٤٧ قضائية) .

١١ - من المقرر فى قضاء هذه المحكمة إن طلب الخصم تمكينه من إثبات أو نفى دفاع جوهرى بوسيلة من وسائل الإثبات الجائزة قانونا هو حق له يتعين على محكمة الموضوع إجابته إليه متى كانت هذه الوسيلة منتجة فى النزاع ولم يكن فى أوراق الدعوى والأدلة الأخرى المطروحة عليها ما يكفى لتكوين عقيدتها ، وإذ كان يجوز للوارث أن يثبت بشهادة الشهود إن هبة مورثه صدرت فى مرض موته حتى تعتبر الهبة تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت فتسرى عليه أحكام الوصية طبقا للمادة ٩١٦ من القانون المدنى وكان الثابت من الحكمين المطعون فيهما إن كلا من الطاعنين قد تمسك أمام محكمة الاستئناف بأن هبة مورثهما إلى أخيهما المطعون ضده الثانى صدرت منه فى مرض موته وطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك ، فإن كلا من الحكمين إذ رفض هذا الطلب على سند من مجرد قوله إن الطاعن لم يقدم دليلا أو قرينة على أن المورث كان مريضا وقت الهبة هو رد لا يواجه طلب الطاعن إحالة الدعوى للتحقيق فإنه يكون فضلا عن إخلاله بحق الدفاع ، مشوبا بالقصور الذى يستوجب نقضه .

(نقض ٢٢ / ٣ / ١٩٨٤ طعن رقم ١٠٣١ ، ١٠٣٢ لسنة ٥٠

قضائية ونقض ٩/١/١٩٧٣ سنة ٢٤ ص ٤٦) .

١٢ - الأصل طبقا لنص المادة ٤٨٨ / ١ من القانون المدنى - فى هبة العقار - إن تكون بورقة رسمية حتى تتوافر للواهب أسباب الجدية فى عقد ينزل به عن مالة دون مقابل وإلا وقعت الهبة باطلة بطلانا مطلقا لا تصححها الإجازة ، غير أن المشرع خرج على هذا الأصل العام فى حالة التنفيذ الاختيارى للهبة بما أورده بنص المادة ٤٨٩ من القانون المدنى والتى تنص على أنه « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ماسلموه » وبذلك فقد وضح أن الهبة الباطلة ترد دون غيره من طرق التعبير عن الإرادة الصريحة أو الضمنية ، ولكى تنتج هذه الإجازة آثارها يشترط أن يكون الواهب عالما بأن الهبة باطلة بعيب فى الشكل ومع ذلك قام بتنفيذها بتسليم المال الموهوب له قاصدا بذلك إجازة الهبة وعند ذلك تنقلب الهبة صحيحة ولا يشترط فيها الرسمية .

(نقض ١٢/٥/١٩٨٥ طعن رقم ٦٤ لسنة ٥٢ قضائية) .

الفصل الرابع

الصورية فى الوصية

صدر قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ وقنن أحكام الوصية وفقا للمعمول به أمام المحاكم الشرعية من أرجح أقوال المذهب الحنفى ، وتسرى أحكام القانون على جميع المصريين مسلمين أو غير مسلمين . وتصح فى حدود ثلث التركة بعد سداد ديونها سواء أكانت لوارث أو غير وارث أو لصاحب وصية واجبة .

أما إذا زادت عن الثلث فهى صحيحة ولكنها لا تنفذ فى حق الورثة إلا إذا أجازوها بعد موت المورث ، وكانوا أهلا للتبرع وقصدوا الإجازة ، فإن لم يجيزوا الزيادة ، إنقضت الوصية إلى الثلث فى التركة . ولا يعتبر ذلك إبطالا أو مسخا إنما عدم نفاذ فى حق الورثة .

وقد نصت المادة ٩١٥ من القانون المدنى على أن تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة بشأنها .

وتنص المادة ٩١٦ من القانون المدنى على أنه :

« كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع يعتبر مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية آيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف » .

وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا .

وإذا أثبت الورثة إن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت أعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع . مالم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . كل هذا مالم توجد أحكام خاصة تخالفه » .

وهذا النص عام يسرى على جميع التصرفات سواء كان قد أفرغ في صيغة عقد بيع أم صيغة عقد أو تصرف آخر مقصودا به التبرع ويستوى أن يكون التصرف بيعا أو هبة أو إبراء أو غيرهما وسواء كان لوارث أو غير وارث .

وقد أقام المشرع قرينة مؤداها أن التصرف إذا صدر فى مرض الموت يكون تبرعا وهذه القرينة بسيطة يجوز للمتصرف إليه إثبات ما يخالفها بأن يقيم الدليل على أن التصرف رغم صدوره فى مرض الموت إلا أنه معاوضة ، ومن ثم يكفى لتوافر القرينة أن يثبت الورثة أن ، التصرف تم فى مرض الموت . وحينئذ يتحمل المتصرف إليه نفيها فإن لم يتمكن من نفى هذه القرينة أعتبر التصرف وصية مستترة فلا تنفذ فيما جاوز ثلث التركة ، إلا بإجازة الورثة وتقدر القيمة بوقت القبض .

أما إذا كان التصرف صوريا صورية مطلقة وطعن فيه الورثة بالصورية لا بأنه وصية مستترة فإن الورثة لا يعتبرون من الغير فى هذه الحالة ، وإنما يعتبرون أمتداد لمورثهم فلا يجوز لهم إثبات الصورية إلا بما كان يجوز لمورثهم أن يثبتها به من طرق الإثبات .

وتنص المادة ٩١٧ مدنى على أنه :

« إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها ، وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته أعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك » .

تضمنت هذه المادة قرينة قانونية مؤداها أن المورث إذا تصرف فى عقار أو منقول لأحد ورثته سواء أكان التصرف فى صيغة عقد بيع أو فى صيغة عقد أو تصرف آخر واحتفظ لنفسه بحيازته ، وبالحق فى الانتفاع به مدى حياته أعتبر التصرف وصية وسرت عليه أحكامها .

ويجوز للطاعن إثبات دعواه بكافة طرق الإثبات بما فى ذلك القرائن القضائية ومتى توافرت هذه القرينة أعتبر التصرف وصية وكان على المتصرف إليه إثبات ما يخالفها .

وهذه القرينة قابلة لإثبات العكس ، فاللمتصرف إليه أن ينقضها بإثبات إن التصرف هو بيع منجز أو هبة منجزة وليس تصرفا مضافا إلى

ما بعد الموت ، بأن يثبت بأنه أوفى بالثمن أو أن الهبة تمت أثر انعقادها وما حيازة المورث للعين إلا بصفته، نائبا وليس مالكا كما يجوز للمتصرف أن يثبت أن التصرف فى حقيقته وصية مضافة إلى ما بعد الموت .

ويكون هذا الإثبات بالنسبة للمتصرف خاضعا للقواعد العامة فتلزم الكتابة لنفى الثابت بالكتابة ، مالم يكن هناك مانع أدبى فيستطيع حينئذ إثبات القرينة بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن .

أما الورثة فإنهم من الغير بالنسبة لهذا التصرف لإضراره بهم فيكون لهم إثبات القرينة بكافة طرق الإثبات القانونية ، ومتى تمكنوا من ذلك وعجز المتصرف إليه عن نفى القرينة أعتبر التصرف وصية فلا ينفذ فى حقهم فيما جاوز ثلث التركة إلا إذا أجازوه والعبرة بالإجازة هى التى تتم بعد وفاة المورث فلا يعتبر توقيع الورثة كشهود على الوصية إجازة لها لأن صفة الوارث التى يعتد بها فى الإجازة إنما تثبت بعد وفاة المورث .

وإذا كان التصرف لغير وارث فيسرى أيضا حكم المادة ١٩١٧ إذ للمحكمة إن تستند إلى القرينة الواردة بها باعتبارها قرينة قضائية يقع على الوارث عبْ إثباتها كما لها أن تستند إلى غيرها من القرائن القضائية والقرائن جميعها قابلة لإثبات العكس .

ومتى ثبتت القرينة ، أعتبر التصرف وصية بارجاعه إلى حقيقته ولو كان قد سجل وتسرى فى شأنه أحكام الوصية ، ومن ثم فلا يقضى ببطلان التصرف الظاهر ، البيع أو الهبة إنما بنفاذه إذا كان فى حدود ثلث التركة ، وللمحكمة أن تندب خبيرا فى الدعوى لبيان قيمة التصرف بالنسبة لأعيان التركة ويكون التقدير على أساس القيمة وقت القسمة والقبض لا وقت التصرف أو وفاة الموصى .

وعلى ذلك يتعين التفرقة فى مجال إثبات الوصية بين ما إذا كان الوارث قد تمسك بالقرينة الواردة بالمادة ٩١٧ مدنى . إذ يتعين عليه فى هذه الحالة إثبات توافر شرطيها . وما إذا كان قد تنازل عن القرينة فله أن يثبت أن التصرف فى حقيقته وصية طبقا للقواعد المقررة فى الإثبات ، وإن كان من الأسهل له التمسك بالقرينة وإثبات الشرطين المقررين بها .

أحكام النقض :

– حق الوارث فى الطعن على تصرف المورث بأنه وصية لا بيع وقصد به التحايل على أحكام الأرث وهو حق خاص مصدره القانون ، إعتبار الوارث فى حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر متى كان طعنه على التصرف أنه يخفى وصية إضرارا بحقه فى الميراث وأنه صدر فى مرض موت المورث .

(نقض ١٩٧٦/١/٥ – طعن ٣١٨ س ٤١ ق) .

– إذا كان الحكم قد استبعد دفاع الوارث الذى يقوم على أن العقدين الصادرين من مورثة يستران وصية ، وإنتهى إلى أنهما تصرفان منجزان وإن للمتصرفة مادامت فى حالة الصحة التصرف ولو لبعض ورثتها تصرفات منجزة ، وإن مثل هذه التصرفات لا تعتبر تحايلا على قواعد الإرث ، فإن النعى على الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون إذ إعتبر العقدين محل النزاع بيعا بثمن مقبوض يكون غير منتج .

(نقض ١٩٧٢/٥/٢ س ٢٣ ص ٧٩١) .

– إذا كان الطاعن لم يقدم ما يدل على تمسكه أمام محكمة الموضوع بأن تاريخ العقدين محل النزاع غير صحيح ، فإن ما يثيره بشأن عدم صحة هذا التاريخ يكون غير مقبول .

(الحكم السابق)

٤ – لا يكفى لاعتبار الدفاع متضمنا الطعن فى التصرف بصدوره من المورثة فى مرض الموت مجرد الإشارة فيه إلى أن المورثة كانت مريضة بمرض ما ، بل يجب أن يبدى هذا الطعن فى صيغة صريحة جازمة تدل على تمسك صاحبه بأن التصرف صدر فى مرض الموت ومقصودا به التبرع فتسرى عليه أحكام الوصية ، وطالما أن الطاعن لم يتمسك بهذا الطعن أمام محكمة الموضوع فإنه لا يقبل منه التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض .

(نقض ١٩٦٩/٢/١٣ س ٢٠ ص ٢٤٩) .

٥ – وإن كانت المادة ٩١٦ مدنى قد نصت على أنه لا يحتج على

الورثة الذين يطعنون على التصرف بأنه صدر فى مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا ، إلا أن هذا التاريخ يظل حجة عليهم إلى أن يثبتوا هم عدم صحته وأن التصرف صدر فى تاريخ آخر توصلا منهم إلى إثبات أن صدوره كان فى مرض الموت ، فإذا عجزوا عن هذا الإثبات ظل التاريخ المذكور فى العقد حجة عليهم باعتبارهم خلفا لمورثهم .

(نقض ١١ / ٥ / ١٩٦٧ س ١٨ ص ٩٧٥) .

٦ - من المقرر أنه وإن كان صحيحا أن القرينة التى نصت عليها المادة ٩١٧ من القانون المدنى لا تقوم إلا باجتماع شرطين هما احتفاظ المتصرف بحيازة العين التى تصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، إلا أن خلو العقد من النص عليها لا يمنع قاضى الموضوع من استعمال سلطته فى التحقق من توافر هذين الشرطين للوقوف على حقيقة العقد المتنازع عليه وقصد المتصرف فى تصرفه ، وذلك فى ضوء ظروف الدعوى وملابساتها غير متقيد فى ذلك بما ورد فى العقد من نصوص صريحة دالة على تنجيزه ، لأن للوارث أن يثبت بطرق الإثبات كافة مخالفة هذه النصوص للواقع ، متى كان قد طعن فى العقد بأنه يخفى وصية احتيالا على أحكام الإرث .

(نقض ٣٠ / ١ / ١٩٧٣ س ٢٤ ص ١٢٠) .

٧ - متى كان الحكم إذ أعتبر العقد الصادر من المورث إلى أحد ورثته وصية وليس بيعا قد قرر أن المورث لم يكن فى حاجة لبيع أملاكه وأنه لم يقبض ثمنا ، وظل واضعا يده على أملاكه التى تصرف فيها حتى وفاته كما احتفظ بالعقد ولم يسلمه للمتصرف إليه حتى لا يتمكن من إشهاره بالتسجيل ونقل الملك والتصرف فيه ببيع الرقبة على الأقل ، إذ قرر الحكم ذلك فإنه يكون قد أقام قضاءه على استخلاص موضوعى سائغ .

(نقض ٢٨ / ١٠ / ١٩٥٤ مجموعة ٢٥ سنة جـ ٢ ص ١٢٠٥) .

٨ - لمحكمة الموضوع السلطة فى تفسير العقود بما تراه ادنى الى ما نواه العاقدان بناء على ما تستخلصه من مجموع ظروف الدعوى وملابساتها ، فاذا هى اعتبرت العقد موضوع الدعوى ساترا لتبرع

مضافا الى ما بعد الموت معتمدة فى ذلك على القرائن التى تثبت لديها من بقاء العقد فى حيازة المورث وبين اوراقه بغير تسجيل الى ان توفى وعدم تسجيله بعد ذلك لمدة تقرب من الخمس سنوات ، وبقاء المورث متمتعا بكافة مظاهر الملكية للاعيان موضوع العقد من تاجيرها بإسمة بوصفه مالكا لها والتقاضى بشانها بوصفه مالكا لها ايضاً ودفع الديون العقارية المطلوبة عليها ، ثم على ما إستبانته من فقر المتصرف له ، الى غير ذلك من القرائن فلا تجوز اثارة الجدل فى هذا الشان امام محكمة النقض ، مادام ما قالته فى كل ذلك يؤدى الى النتيجة التى انتهت اليها . (نقض ١٦/١٠/١٩٤٣ - مجموعة ٢٥ سنة ج ٢ ص ١٢٠٦) .

٩ - التمسك بان عقد البيع يستر وصية هو طعن بالصورية النسبية ، على الطاعن عبُ اثبات هـذه الصوريـة : (نقض ٢٦/٦/١٩٧٥ - طعن ١٥٥ س ٤١ ق) .

١٠ - اذا كان الحكم المطعون فيه بعد ان استخلص من اقوال الشهود فى حدود سلطته الموضوعية ان العقد فى حقيقتة وصية - لوارث - قد انتهى الى القضاء برفض الدعوى بصحة هذا العقد ، فى حين ان الوصية لوارث جائزة فى حدود ثلث التركة ، مما كان يتعين معه التحقق مما اذا كان القدر موضوع العقد يدخل فى حدود القدر الجائز الايصاء به ام انه يجاوزه ، فانه يكون مشوبا بالقصور والخطأ فى تطبيق القانون .

(نقض ٥/٦/١٩٧٢ س ٢٣ صفحة ١١٣٩) .

١١ - متى كانت الطاعنات قد اقمن الدعوى بطلب الحكم بصحة ونفاذ العقد الصادر ، لهن من مورثهن مورث المطعون ضدهم ، وإذ رفع المطعون ضدهم الثلاثة الاولون الدعوى بان ذلك العقد لا يتضمن بيعا منجزا بل ينطوى فى حقيقته على تصرف مضاف الى ما بعد الموت وكان النزاع فى هذه الصورة يدور حول المركز القانونى للمطعون ضدهم والمستمد بالنسبة لهم جميعا من طعنهم على التصرف الصادر من مورثهم اضرارا بحقهم فى الارث باعتبارهم من الغير بالنسبة لهذا التصرف ، واذ يعد المطعون ضدهم جميعا سواء فى هذا المركز مادموا يستمدونه من مصدر واحد هو حقهم فى الميراث ولا يحتمل الفصل فى

طعنهم على التصرف غير حل واحد ، وكان لا يصح فى هذه الصورة ان يكون التصرف بيعا بالنسبة لبعضهم ويكون فى نفس الوقت وصية بالنسبة للاخرين منهم ، وكان مؤدى ذلك هو عدم قابلية موضوعية النزاع للتجزئة ، فان بطلان الطعن بالنسبة للمطعون ضدها الثالثة يستتبع بطلانه بالنسبة للمطعون ضدهم الاخرين ، لان حق المطعون ضدها الثالثة قد استقر بحكم حائز لقوة الامر المقضى يعلو على الامل المرتقب للطاعنات فى كسب الطعن ..

(نقض ٣٠/٤/١٩٦٨ س ١٩ ص ٨٨٢) .

١٢ - الوارث الذى يطعن فى تصرف صادر من مورثه فى صورة بيع منجز بان حقيقته وصية وانه قصد به الاحتيال على قواعد الارث المقررة شرعا اضرارا بحقه ، يجوز له اثبات طعنه بكافة طرق الاثبات لان الوارث لا يستمد حقه فى الطعن فى هذه الحالة من المورث وانما من القانون مباشرة ، ويعتبر من الغير فيما يختص بهذا التصرف .

(نقض ١٧/٢/١٩٧٣ س ٢٤ - ص ٢٦٦) .

١٣ - الدعوى بطلب بطلان عقد البيع على اساس انه يستر وصية ، وان وصفت بأنها دعوى بطلان الا انها فى حقيقتها وبحسب المقصود منها هى دعوى بتقرير صورية هذا العقد صورية نسبية بطريق التستر ، وهذه الدعوى لا تسقط بالتقادم .

(نقض ٢٠/٣/١٩٦٩ س٢٠ ص ٤٥) .

١٤ - وحيث ان الحكم المطعون فيه بعد ان انتهى فى اسبابه الى تأييد قضاء الحكم الابتدائى فى خصوص رفض الادعاء بالتزوير قال « وحيث انه بالنسبة لما اثارته المستانفة بصفتها (المطعون ضدها الثالثة) وطالب التدخل (المطعون ضده الثانى) فى مذكرتهما الاخيرة من انه حتى على فرض التسليم الجدلى بان العقد المطعون فيه ليس مزورا فانه عقد صورى يخفى وصية للمستانف عليها (الطاعنة) فانه تبين للمحكمة انه وان كان قد ثبت لها ان هذا العقد قد صدر من المتوفاه بيد انه ان كان فى ظاهرة عقد بيع منجز إلا انه فى حقيقته يستر تبرعا مضافا الى ما بعد الموت ويقصد به التحايل على احكام الإرث المقررة شرعا لحرمان ولدى اخ المتوفاة مما كان يؤول اليهما بطريق الميراث يؤيد

ذلك ان المتوفاة لم تك فى حاجة الى مثل هذا البيع لان عمرها كان قد بلغ قرابة السبعين عاما ودخلها من الأطيان المبيعة كان يكفى لسد حاجتها خاصة وانه ليس لها من تعوله وان هذا العقد الآخر الصادر منها الى زوج المستأنف عليها (الطاعنة) وأخيه يشملان كل ما تملكه المتوفاة فضلا عن انه عند جرد التركة لم يعثر فيها على نقود مع أن الوفاة حدثت عقب البيع بفترة وجيزة وإذا اضيف الى ما تقدم ان ليس ثمت ما يدل على ان المستانف عليها قد وضعت يدها على الأطيان بعد تحرير العقد وأنها لم تسجل عقدها او تسرع فى ذلك حال حياة المتصرفة أو انها اقامت دعوها هذه بصحة ونفاذ العقد قبل وفاتها فكل هذه الأدلة والقرائن فضلا عن الظروف التى تحيط بالدعوى من ان المتوفاة كانت تقيم مع المستأنف عليها وأنها كلفت زوج الأخيرة لإدارة أطيانها بتوكيل رسمى ثم تصرفت له بباقى ما تملك تؤدى الى ان نية الطرفين قد انصرفت الى الوصية لا الى البيع المنجز ومن ثم فالعقد وصية لا تنفذ فى حق المستأنفة بصفتها والمتدخل بالنسبة لنصيبيهما فى الميراث إلا إذا اجازاها وفقا للقانون وبالتالى يكون طلب نفاذ هذا العقد على غير اساس » . ولما كان الحكم لم يفصح عن المصدر الذى استقى منه ما قرره من ان التصرف الحاصل محل النزاع وبالعقد الآخر الصادر لزوج الطاعنة وأخية يشمل كل ما كانت تملكه المورثة المتصرفة ولا ما قرره من عدم العثور على نقود لديها عند وفاتها وكان الثابت من الأوراق المقدمة بملف الطعن ان المطعون ضدهما الثانى والثالثة اللذين طعنا على العقد بأنه يستر وصية قد طلبا من محكمة الإستئناف فى مذكرتهما الختامية التى أبديا فيها هذا الطعن لأول مرة إحالة الدعوى الى التحقيق ليثبتا بشهادة الشهود ان التصرف الحاصل بالعقدين يشمل كل ما كانت تملكه المورثة الأمر الذى يفيد خلو أوراق الدعوى فى نظرهما من الدليل على صحة هذه الواقعة . وكان يبين من جهة أخرى من الصورة الرسمية لمحضر التحقيق الذى أجرته محكمة الدرجة الأولى بصدد الادعاء بالتزوير أنه لا شىء فى التحقيق يمكن ان تستخلص منه المحكمة الواقعتين السابقتين اللتين اتخذت منهما قرينتين على ان العقد يستر وصية . لما كان ذلك ، فان استدلال الحكم المطعون فيه بهاتين

القرينتين دون الافصاح عن أصلها فى الاوراق يجعله معيبا بالقصور ، كذلك فانه لما كان يبين من عقد البيع المؤرخ ٢٥ مارس سنة ١٩٥٥ محل النزاع ان المورثة البائعة قد اقرت فيه بأن الطاعنة المشترية وضعت يدها على العقار المبيع من تاريخ تحرير هذا العقد فإن هذا الإقرار يظل حجة على وارثيها المطعون ضدهما الثانى والثالثة بصفتهما الى ان يثبتا عدم صحته بكافة طرق الإثبات ذلك ان الأصل فى إقرارات المورث انها تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها ، وإذا كان القانون قد أعفى من يضار من الورثة بهذه الإقرارات من الدليل الكتابى فى حالة ما إذا طعنوا فى التصرف بأنه فى حقيقته وصية وانه قصد به الإحتيال على احكام الإرث فليس معنى هذا ان مجرد طعنهم فيه يكفى لإهدار حجية هذه الإقرارات بل يجب لذلك أن يقيموا الدليل على عدم صحتها بأى طريق من طرق الإثبات فان عجزوا بقيت لهذه الإقرارات حجيتها عليهم . لما كان ذلك ، فان الحكم المطعون فيه باستدلاله على اعتبار العقد ساترا لوصية بخلو الدعوى من الدليل على وضع يد الطاعنة على العقار المبيع لها من المورثة يكون قد اهدر ما اقرت به هذه المورثة فى عقد البيع دون ان يقدم له المطعون ضدهما الدليل على عدم صحة هذا الإقرار مما يجعل إستدلال الحكم بهذه القرينة معيبا لا نطوائه على خطأ فى القانون . لما كان ما تقدم ، وكان يبين من هذا الحكم انه اقيم على جملة قرائن مجتمعة ومتسانده بحيث لا يظهر اثر كل واحدة منها على حدة فى تكوين عقيدة المحكمة فانه وقد ثبت ان استناده الى ثلاث قرائن منها كان معيبا فان ذلك يقتضى نقضه إذ لا يعرف ماذا كان قضاؤه يكون مع إسقاط هذه القرائن من التقدير .

وحيث إنه وان كان قبول هذه المحكمة لهذا السبب من اسباب الطعن لا يدع محلا للتعرض للسبب الثالث الذى ساقته الطاعنة احتياطا لما عسى ان تتجه اليه المحكمة من رفض السبب السابق الا انه مع ذلك ترى هذه المحكمة ان تشير الى ان ما قرره الحكم المطعون فيه - من ان الوصية لا تنفيذ فى حق الوارث إلا إذا اجازها - خطأ فى القانون ذلك انه طبقا للمادة ٣٧ من قانون الوصية ٧١ لسنة ١٩٤٦ تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة .

وحيث إنه لما تقدم يتعين نقض الحكم المطعون فيه فى خصوص السبب الأول .

(نقض ٩ /١٢ /١٩٦٥ – السنة ١٦ ص ١٢٣٥) .

١٥ – وحيث ان هذا النعى مردود بانه وان كان صحيحا ان القرينة التى نصت عليها المادة ٩١٧ من القانون المدنى لا تقوم إلا باجتماع شرطين هما احتفاظ المتصرف بحيازة العين التى تصرف فيها واحتفاظه بحقة فى الإنتفاع بها مدى حياته إلا ان خلو العقد من النص عليهما لا يمنع قاضى الموضوع من استعمال سلطته فى التحقق من توافر هذين الشرطين للوقوف على حقيقة العقد المتنازع عليه وقصد المتصرف من تصرفه وذلك فى ضوء ظروف الدعوى وملابساتها غير متقيد فى ذلك بما ورد فى العقد من نصوص صريحة دالة على تنجيزة لأن للوارث ان يثبت بطرق الإثبات كافة مخالفة هذه نصوص للواقع متى كان قد طعن فى العقد بانه يخفى وصية احتيالا على احكام الإرث . لما كان ذلك وكان الثابت من الإطلاع على الحكم الإبتدائى أنه قضى باعتبار التصرفات محل النزاع مضافة الى ما بعد الموت وقصد بها الإحتيال على قواعد الإرث وتسرى عليها احكام الوصية بناء على ما استخلصه من أقوال الشهود ومن الظروف التى احاطت بتحريرها ومن ان المورث لم يكن فى حاجة الى المال المتحصل من البيع وان الطاعن لم يكن فى حالة تسمح له بالشراء وكان من شان هذه الأدلة ان تؤدى الى النتيجة التى انتهى اليها الحكم من ان نيه الطرفين قد انصرفت الى الوصية لا الى البيع فإن الحكم المطعون فيه إذ ايد الحكم الإبتدائى واحال الى أسبابه فى هذا الخصوص لا يكون قد خالف القانون أو أخطآ فى تطبيق .

وحيث إنه لما تقدم يكون الطعن على غير اساس .

(نفض جلسة ١٨ / ٤ / ١٩٦٨ – لسنة ١٩ ص ٨٠١) .

١٦ – وحيث ان هذا النعى مردود بان الحكم المطعون فيه رد على ماتمسك به الطاعن فى خصوص حجية الحكم الصادر بتاريخ ٥ / ٤ / ١٩٦٠ بقول « ان اساس الدفع المبدى من المستأنف عليهن (المطعون ضدهن) ببطلان عقود البيع الصادر اليه من المورث على اساس صورية هذه العقود وانها فى حقيقتها وصية فى حين انهن اسسن

البطلان فى الدفع الاول المقضى فيه بالحكم الصادر فى ٥ ابريل سنة ١٩٦٠ على انعدام اهلية المورث وانه بذلك يكون السبب مختلفا فى الحالين ويكون ما ذهب الدفع فى محله ، وهذا الذى قرره الحكم واقام عليه قضاءه صحيح فى القانون وذلك أنه لا حجية للحكم الا فيما يكون قد فصل فيه بين الخصوم بصفة صريحة أو بصفة ضمنية حتمية سواء فى المنطوق او فى الاسباب المتصلة به اتصالا وثيقا والتى لا يقوم المنطوق بدونها ولما كان الثابت من الاوراق ان النزاع إنحصر اولا بين الخصوم فيما اذا كانت العقود الصادرة من المورث لابنة الطاعن قد صدرت منه وهو فى كامل اهليته أو انه كان منعدم الاهلية بسبب العته الشيخوخى الذى اصابه وكانت المحكمة قد قضت فى ٥ / ٤ / ١٩٦٠ بصحة تلك العقود واقتصر بحثها فى الاسباب على الطعن فى العقود بانعدام اهلية المتصرف ، ولم تعرض فى هذه الاسباب الى ما اثاره المطعون ضدهن بشان اخفاء هذه التصرفات لوصايا كما لم يتضمن منطوقها فصلا فى هذه المسالة فان هذا الحكم لا يكون له ايه حجية فيها لان مالم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن ان يكون موضوعا لحكم يحوز قوة الامر المقضى ولان الطعن فى التصرفات بانها تخفى وصية لا يتعارض مع ما قطعت به المحكمة فى حكمها الصادر فى ٥ / ٤ /سنة ١٩٦٠ من صدورها من ذى اهلية بل ان الطعن بالوصية يفترض صدور التصرف من ذى اهلية والطعن على التصرف بانه فى حقيقته وصية يعتبر سببا مختلفا عن الطعن فيه بانعدام اهلية المتصرف .

(نقض جلسة ١٨ / ٤ / ١٩٦٨ - لسنة ١٩ ص ٨٠١) .

١٧ - من المقرر فى قضاء هذه المحكمة انه يشترط لتطبيق القرينة المنصوص عليها فى المادة ٩١٧ من القانون المدنى ان يكون المورث فى تصرفه لوارث قد احتفظ بحيازة العين المبيعة واحتفظ بحقه فى الانتفاع بها وان يكون احتفاظه بالامرين معا طيلة حياته الا ان . ذلك لا يحول دون حق المحكمة المقرر بالمادة ١٠٠ من قانون الإثبات فى استنباط القرائن القضائية التى لم يقررها القانون وان يستند اليها فى اثبات مايجوز اثباته بشهادة الشهود .لما كان ذلك وكان تصرف المورث تصرفا صوريا يخفى وصية افتئاتا منه على قواعد الميراث المقررة بالقانون

واضرارا بوارث آخر يعتبر من الغير بالنسبة لهذا التصرف فيجوز له اثبات صوريته وان حقيقته وصية بجميع طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود والقرائن القضائية وكان الحكم المطعون فيه قد استنبط من اقوال شاهدى المطعون ضدهن ان تصرف مورثهن إلى القاصر المشمول بوصاية الطاعنة وهو عقد البيع المؤرخ ١٥ / ٩ / ١٩٦٧ هو عقد غير منجز ولم يدفع له ثمن وينطوى على تصرف مضاف إلى ما بعد الموت وكانت هذه القرينة القضائية التى إستنبطها الحكم قد أحاطت بعناصر الوصية من كونها تبرعا غير منجز ومضافا إلى ما بعد الموت فإنها تكون كافية لحمل قضائه دون ما حاجة إلى القرينة القانونية المنصوص عليها فى المادة ٩١٧ من القانون المدنى .

(نقض ٢٧ / ٢ / ١٩٨٣ - الطعن ٤١٩ لسنة ٤٢ ق) .

١٨ - وحيث إن ما تنعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه الفساد فى الاستدلال ، والقصور فى التسبيب وفى بيان ذلك تقول إن الحكم اعتبر العقد يخفى وصية إستنادا إلى ما إستخلصه من أقوال شاهدى المطعون ضدها وإلى إن الطاعنة لم تضع اليد على العقارات محل التصرف وأن ثمنا لم يدفع فى الصفقة ، هذا فى حين إن الشاهدين اللذين أشهدتهما المطعون ضدها قد صرحا أنهما لا يعرفان شيئا عن العقد موضوع الدعوى ، فلم يذكرا أن المطعون ضدها قصدت إضافة تصرفها إلى ما بعد الموت ، أو أن ثمنا لم يدفع فى الصفقة ، وفى حين أن عدم وضع يد الطاعنة على العقارات المتصرف فيها بعد صدور العقد إليها أو الادعاء من جانب المطعون ضدها بعدم اقتضائها الثمن دون أن تقيم الدليل على ذلك لا يؤدى إلى اعتبار العقد ساترا لوصية ، مما يعيب الحكم بالقصور فى التسبيب والفساد فى الاستدلال .

وحيث إن هذا النعى سديد . . ذلك أنه يبين من الحُكم المطعون فيه أن المطعون ضدها وهى البائعة تمسكت أمام محكمة الاستئناف بأن العقد يخفى وصية وأنها لم تقبض شيئا من الثمن المنصوص عليه فيه ، وتحقيقا لهذا الدفاع قضت تلك المحكمة بتاريخ ٢٧ / ١٠ / ١٩٦٤ بإحالة الدعوى إلى التحقيق لتثبت المطعون ضدها بكافة طرق الإثبات بما فيها الشهود أنها ظلت واضعة يدها على الأعيان المتصرف فيها

وتستغلها لحسابها ، وأنها لم تقبض شيئا من الثمن وصرحت للطاعنة بالنفى بذات الطرق ، وبعد أن سمعت المحكمة شهود الطرفين إنتهت إلى اعتبار العقد يخفى وصية ، مقيمة قضاءها على ما استخلصته من أقوال شاهدى المطعون ضدها ، وعلى أن هذه الأقوال قد تأيدت بما ثبت فى الدعوى من أن الطاعنة لم تضع يدها على الأعيان المنصرف إليها فيها ومن عجزها عن أداء الثمن المنصوص عليه فى العقد . ولما كان البين مما حصله الحكم المطعون فيه أن النصوص الواردة فى العقد المختلف على تكييفه صريحة فى آنه عقد بيع منجز ، فإن ما طعنت به المطعون ضدها على هذا العقد – وهى إحدى طرفيه – من عدم صحة ما أثبت فيه من أنه عقد بيع وأن الثمن المسمى فيه قد دفع وأن الصحيح هو أنه يستر وصية ولم يدفع فيه أى ثمن ، هذا الذى طعنت به المطعون ضدها على العقد إنما هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر وعليها يقع عبء إثبات هذه الصورية فإن عجزت وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد لأنها عندئذ حجة عليها . ولما كانت محكمة استئناف قد أجازت للمطعون ضدها إثبات طعنها على العقد بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود ولم تعترض الطاعنة على ذلك بل قامت من جانبها بتنفيذ الحكم الصادر بهذا الإجراء بأن أشهدت شاهدين سمعتهما المحكمة مما يعتبر منها قبولا للإثبات بغير الكتابة . إذ أن قاعدة عدم جواز الإثبات بشهادة الشهود وبالقرائن فى الأحوال التى يجب فيها الإثبات بالكتابة ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق صراحة أو ضمنا على مخالفتها . لما كان ذلك وكانت محكمة الاستئناف – على ما سلف البيان – قد أقامت قضاءها بأن العقد المتنازع عليه يخفى وصية على ما استخلصته من أقوال شاهدى المطعون ضدها . وإذ يبين من الحكم المطعون فيه أنه حصل هذه الأقوال على الوجه الآتى « وبما أن المستأنفة « الطاعنة » أشهدت شاهدين قرر أولهما وهو أنور عبده عفيفى بأن المستأنف عليها « الطاعنة » بلغته أنها قاضت والدتها حتى لا يتمكن أولاد خالها من الميراث فى والدتها التى ليس لها أولاد ذكور وأنه لا يعرف شيئا عن واقعة البيع ، وقرر ثانيهما وهو عبد الوهاب يوسف مصطفى أن المستأنفة المطعون ضدها كانت تنوى السفر للحجاز وكتبت عقدا لابنتها المستأنف

عليها التى قامت بتصويره حتى لا يعرف أولاد خالها شيئا عنه وأنه لم يسمع شيئا عن واقعة البيع ثم خلصت المحكمة إلى القول بأنها « تأخذ بهذه الأقوال وترجحها على أقوال شاهدى النفى » ، ومضمونها أن « العقد الصادر من المستأنفة لابنتها المستأنف عليها لم يكن مقصودا به أن يكون عقدا منجزا بل قصد به الحليلولة دون ميراث أولاد أخ المطعون ضدها إذا ما توفيت فى الحجاز » وكان ما استخلصه الحكم على النحو السالف ذكره من أقوال هذين الشاهدين يتجافى مع مدلولها ، إذ أن هذه الأقوال جاءت خلوا مما يفيد اتجاه قصد المتصرفة إلى التبرع وإضافة التمليك إلى ما بعد موتها وهو ما يشترط إثباته لاعتبار العقد ساترا لوصية . وكان ما ساقه الحكم المطعون فيه بعد ذلك لتأييد هذه الدعامة ، من أن الطاعنة لم تضع يدها على الأعيان التى هى محل التصرف منذ صدور العقد إليها ليس من شأنه أن يؤدى إلى عدم تنجيز التصرف ، ذلك أن وضع يد المشترى على العين المبيعة ليس شرطا ضروريا فى اعتبار التصرف منجزا ، إذ قد يكون التصرف منجزا مع استمرار حيازة البائع للعين المبيعة لسبب من الأسباب التى لا تنافى إنجاز التصرف ، كما أن الحكم إذ اتخذ من عجز الطاعنة عن إثبات أدائها الثمن قرينة على أن العقد يخفى وصية ، يكون قد استند إلى قرينة فاسدة فى خصوصية هذه الدعوى ، لأن المطعون ضدها وهى التى يقع على عاتقها عبء إثبات صورية ما ورد فى العقد من أنها اقتضت الثمن المسمى فيه لم تثبت هذه الصورية على ما حصله الحكم من أقوال شاهديها التى سلف بيانها . لما كان ما تقدم فإن النعى على الحكم المطعون فيه بالفساد فى الاستدلال والقصور فى التسبيب يكون فى محله بما يستوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن .

(نقض ٥ / ١ / ١٩٧١ سنة ٢٢ ص ٣) .

١٩ - وحيث إن هذا النعى مردود فى الشق الأول منه بأن ما ورد بالمادة ٩١٧ من القانون المدنى لا يعدو أن يكون تقريرا لقيام قرينة قانونية لصالح الوارث تعفيه من إثبات طعنه على تصرفات مورثه التى أضرت به بأنها فى حقيقتها وصية ، إلا أنه لما كان لهذا الوارث أن يطعن على مثل هذا التصرف بكافة طرق الإثبات لما هو مقرر من أنه لا يستمد

حقه فى الطعن فى هذه الحالة من المورث وإنما من القانون مباشرة ، على أساس أن التصرف قد صدر إضرارا بحقه فى الإرث الذى تتعلق أحكامه بالنظام العام فيكون تحايلا على القانون ، فإنه يكون للوارث عند عدم توافر شروط القرينة القانونية الواردة بالمادة ٩١٧ من القانون المدنى أن يدلل بكافة طرق الإثبات على احتفاظ المورث بحيازة العين التى تصرف فيها كقرينة من القرائن القضائية يتوصل بها إلى إثبات مدعاه بأن المورث قصد أن يكون تمليك المتصرف إليه مضافا إلى ما بعد الموت وبذلك لم يتخل له عن الحيازة التى يتخلى له عنها لو كان التصرف منجزا ، والقاضى بعد ذلك حرفى آن يأخذ بهذه القرينة أولا يأخذ بها شأنها فى ذلك شأن سائر القرائن القضائية التى تخضع لمطاق تقديره . وإذ كان الحكم المطعون فيه قد عول فى قضائه بأن التصرف الصادر من المورث قصد به الإيصاء ، على القرينة التى استمدها من أن المورث تصرف بالعقد موضوع الطعن فى كل ما يملكه ، وكذلك إلى ما استظهره من التحقيق من أن المورث استمر يضع يده على الأرض موضوع التصرف حتى وفاته ، فإن النعى على الحكم المطعون فيه بأنه أخذ بالقرينة القانونية الواردة بالمادة ٩١٧ من القانونى المدنى دون توافر شروطها يكون على غير أساس . ومردود فى الشق الثانى بأن الثابت من الأوراق أن الطاعنين قد ارتضوا الحكم الذى أصدرته محكمة الاستئناف بإحالة الدعوى إلى التحقيق فى ٢٧ مارس سنة ١٩٦٥ ونفذوه بسماع شاهدهم ولم يعترضوا على ذلك الحكم حتى صدر الحكم المطعون فيه بتاريخ ٧ مايو سنة ١٩٦٦ ، ولما كانت قواعد الإثبات ليست من النظام العام ويجوز الاتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمنا فإنه لا يجوز إثارة هذا النعى لأول مرة أمام محكمة النقض .

(نقض ١١ مارس سنة ١٩٧١ - السنة ٢٢ ص ٢٨٩) .

٢٠ - وحيث إن المادة ٩١٧ من القانونى المدنى إذ نصت على أنه « إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته أعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية مالم يقم دليل يخالف ذلك » - فإن هذه المادة وعلى ما جرى به قضاء هذه

المحكمة – قد أقامت قرينة قانونية من شأنها – متى توافرت عناصرها – إعفاء من يطعن فى التصرف بأنه ينطوى على وصية من إثبات هذا الطعن ونقل عبء الإثبات إلى عاتق المتصرف إليه ، وكانت هذه القرينة مستحدثة ولم يكن لها نظير فى التقنين الملغى ، مما لا يجوز اعمالها بأثر رجعى على التصرفات السابقة على تاريخ العمل بالقانون المدنى القائم لاتصالها بموضوع الحق اتصالا وثيقا ، وكانت العبرة فى اعمال هذه القرينة بالتاريخ الذى إنعقد فيه التصرف لا بتاريخ التسجيل ، لأن القرينة القانونية تخضع للقانون السارى وقت نشوء التصرف الذى رتب عليه المشرع هذه القرينة . لما كان ذلك وكان المورث قد تصرف إلى بنتيه حنونه ومريم فى القدر موضوع النزاع بموجب عقد البيع الابتدائى المؤرخ ١٩٤٧/٤/٢٠ ، أى قبل العمل بالقانون المدنى القائم ، فلا محل للقول بتطبيق المادة ٩١٧ المشار إليها على هذا التصرف ويكون النعى على الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون فى هذا الخصوص فى غير محله .

(نقض ١٩٧٢/٦/٢١ سنة ٢٣ ص ١١٤٢) .

٢١ – وحيث إن الطاعنة تنعى بالوجهين الأول والثالث من السبب الأول وبالسبب الثانى وبالوجه الأول من السبب الثالث على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون ومخالفة الثابت بالأوراق والقصور فى التسبيب ، ذلك أنها تمسكت فى دفاعها أمام محكمة الإستئناف بأنه لم يجر أى تصرف بشأن الخمسة الأفدنة الكائنة بناحية المرساة التى قرر المطعون عليهم أن المورث باعها إلى بنتيه حنونة ومريم فى سنة ١٩٤٧ فيتعين أن تضاف إلى عناصر التركة ، هذا إلى أنها تمسكت بأن كلا من العقدين الصادر أولهما من المورث إلى ولديه حبيب وسلامه فى سنة ١٩٤٠ والصادر ثانيهما من المورث إلى بنتيه سالفتى الذكر فى سنة ١٩٤٧ يخفى وصية ، وساقت تدليلا على ذلك عدة قرائن تتحصل فى أن المورث استمر حائزا للأطيان المتصرف فيها واحتفظ بحق الانتفاع بها مدى حياته ، وأن أولاده المذكورين لا يملكون أموالا ظاهرة لشراء هذه الأطيان ، ولم يوجد أموال للمورث عند وفاته ، مما يدل على أنه لم يتقاض ثمنا نظير البيع فضلا عن تلاحق العقود لأولاده ، غير أن الحكم

المطعون فيه لم يرد على هذه القرائن ولا على ذلك الدفاع الجوهرى مما يعيبه بالقصور . علاوة على أن الحكم استند فيما قرره من أن تصرف المورث بالعقدين سالفى الذكر منجز إلى قيام كل فريق من المتصرف إليهم بتسجيل عقده واستلام الأطيان المبيعة فى حياة المورث ، فى حين أن الثابت بالأوراق أن حيازة تلك الأطيان كانت للمورث إذ قضى الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٧٩٩ لسنة ١٩٤٧ المنصورة الإبتدائية بإلزام المتصرف إليهما حبيب وسلامه بتسليم الأطيان إلى المورث ، كما أنه يبين من الاتفاق المؤرخ ١١ / ٥ / ١٩٤٠ المحرر بين المورث وولديه المذكورين والعقد الصادر من المورث فى سنة ١٩٤٧ إلى بنتيه حنونة ومريم أنه احتفظ لنفسه بحق الانتفاع بالأطيان المتصرف فيها مدى الحياة ، وهو ما يدل أيضا على أن كلا من التصرفين يخفى وصية قصد بهما إضافة التمليك إلى ما بعد الموت .

وحيث إن هذا النعى مردود ، ذلك أنه لما كان الثابت فى الدعوى أن عقد البيع الإبتدائى المؤرخ ٢٠ / ٤ / ١٩٤٧ شمل الخمسة الأفدنة محل النعى إذ تضمن هذا العقد أن المورث باع لبنتيه حنونة ومريم ١٨٢ ف ، وأنها جميع ما يملكه بناحية المرساة مركز دكرنس ، ولا يغير من ذلك أن هذا القدر لم يدخل ضمن العقد المسجل بتاريخ ٣٠ / ١٢ / ١٩٤٩ لتعذر نقل التكليف ، ذلك أن التصرف بالعقد الابتدائى حسبما ثبت من الحكم المطعون فيه صدر فى تاريخ سابق على فترة الريبة فلا تخضع لرسم الأيلولة ، لأن الهبات والتصرفات - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا تخضع لهذا الرسم متى كانت قد وقعت فى تاريخ سابق على فترة الريبة مسجلة كانت هذه الهبات والتصرفات أو غير مسجلة وانتقلت الملكية على مقتضى هذا التسجيل أو لم تنتقل ، ولما كان قضاء هذه المحكمة قد استقر فى ظل القانون المدنى القديم الذى صدر العقدان المطعون فيهما إبان سريانه على أنه إذا كان الثمن لم يذكر فى عقد البيع إلا بصفة صورية فإن العقد يصح بوصفه هبة مستترة فى صورة عقد بيع ، وأنه لا يتعارض مع تنجيز التصرف أن يظل البائع واضعا اليد على ما باعه أو أن يحتفظ لنفسه مدى الحياة بحق الانتفاع ، ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه إذ

قضى بأن العقدين الصادرين من المورث إلى ولديه حبيب وسلامة فى سنة ١٩٤٠ ، وإلى بنتيه حنونة ومريم فى سنة ١٩٤٧ ، كلاهما بيع منجز ، قد إستند فى ذلك إلى ما ورد فى نصوص هذين العقدين ، وإلى قيام المتصرف إليهم بتسجيلها فى حياة المورث ، وقرر الحكم أنه وإن لم يكن التصرف بالعقدين سالفى الذكر بيعا صحيحا ، إلا أنه يعتبر هبة مستترة فى صورة عقد بيع ، وكان هذا الذى قررته المحكمة فى حدود سلطتها الموضوعية هو استخلاص سائغ استندت فيه إلى أسباب تكفى لحمل الحكم ، فإنها لا تكون بعد ملزمة بالتحدث فى حكمها عن كل قرينة من القرائن غير القانونية التى إستندت إليها الطاعنة عن طريق الاستنباط ، إذ فى قيام الحقيقة التى اقتنعت بها وأوردت دليلها التعليل الضمنى لاطراح هذه القرائن ، أما ما تثيره الطاعنة من مخالفة الحكم للثابت فى الأوراق بما أورده من أن حيازة الأطيان المبيعة إنتقلت إلى المتصرف إليهم فإنه غير منتج ، لأن استمرار حيازة البائع للعين المبيعة ، وعلى ما سلف البيان لا ينفى انجاز التصرف . لما كان ذلك فإن النعى على الحكم المطعون فيه بالخطأ فى تطبيق القانون ومخالفة الثابت بالأوراق يكون على غير أساس .

وحيث أن الوجه الثانى من السبب الأول يتحصل فى النعى على الحكم المطعون فيه بالقصور فى التسبيب ، ذلك أن الطاعنة تمسكت فى دفاعها أمام مَحكمة الاستئناف بأنه يتعين أن تضاف إلى عناصر التركة أطيان مساحتها ١٩ س / ١٤ ط / ٣ ف كائنة بناحية كفر ابو متنا مركز ديرب نجم ، لأن المورث تصرف فيها إلى ابنه حبيب خلال فترة الريبة ، غير أن الحكم المطعون فيه لم يرد على هذا الدفاع الجوهرى مما يعيبه بالقصور .

وحيث أن هذا النعى صحيح ، ذلك أنه لما كان الثابت من صحيفة الاستئناف أن الطاعنة تمسكت فى دفاعها بأن محكمة أول درجة استبعدت من تركة المورث الأطيان البالغ مساحتها ١٩ س / ١٤ ط / ٣ ف بناحية كبر أبو متنا مركز ديرب نجم ، مع أنه كان يجب إدخال هذا القدر ضمن عناصر التركة ، لأن المورث تصرف فيه إلى ابنه حبيب بعقد مسجل فى ٦ / ٢ / ١٩٥١ خلال فترة الريبة

المنصوص عليها فى المادة الرابعة من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ ، قبل تعديلها بالقانون رقم ٢١٧ لسنة ١٩٥١ وكان الحكم المطعون فيه قد أغفل الرد على هذا الدفاع الجوهرى فإنه يكون قد شابه قصور يبطله ، بما يستوجب نقضه فى هذا الخصوص .

(نقض ٢١ / ٦ / ١٩٧٢ سنة ٢٣ ص ١١٤٢)

٢٢ - التناقض الذى يفسد الحكم . ماهيته . تفرقة الحكم بين دعوى المورث بطلب اعتبار عقد البيع وصية وعدوله عنها وبين دعوى الوارث فى الطعن على تصرف مورثه بأنه يستر وصية إضرارا بحقه فى الإرث . لا تناقض .

(نقض ١٥ / ٥ / ١٩٨٤ طعن رقم ١٩٣٥ لسنة ٤٩ ق) .

٢٣ - إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى اعتبار التصرف الحاصل بالعقد وصية فإن هذه الوصية تصح وتنفذ فى ثلث التركة من غير إجازة الورثة وذلك أخذا بنص المادة ٣٧ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، وإذ قضى الحكم المطعون فيه بتأييد الحكم المستأنف الذى انتهى إلى تثبيت ملكية مورث المطعون عليهم الأربعة الأول للنصف شيوعا فى الأعيان موضوع الدعوى بعد استبعاد الثلث وهو نصيب الوصية ، وذلك دون أن يحيط بجميع أموال التركة من عقار ومنقول لبيان القدر الذى تنفذ فيه الوصية من الأعيان موضوع العقد وما يتبقى من أموال التركة ويكون محلا للإرث فإنه يكون قد خالف القانون .

(نقض ٣٠ / ١١ / ١٩٨٠ سنة ٣١ الجزء الثانى ص ٢١٦٨)

٢٤ - المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنه يشترط لقيام حجية الشئ المقضى وفقا لنص المادة ١٠١ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ - التى لا تجيز معاودة ، النظر فى نزاع سبق الفصل فيه أن تتحقق وحدة الموضوع والخصوم والسب ويعد موضوع الدعويين متحدا إذا كان الحكم الصادر فى الدعوى الثانية مناقضا للحكم السابق وذلك بإقرار حق أنكره هذا الحكم أو بإنكار حق أقره فيناقض الحكم الثانى الحكم الأول . والقول بوحدة الموضوع فى الدعويين هو مسألة موضوعية تستقل بالفصل فيها محكمة الموضوع ولا معقب على حكمها متى كانت اعتمدت فيه على أسباب من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى

انتهت إليها وإذ كان نص المادة ٩١٧ من القانون المدنى يدل على أن المشرع قد أقام قرينة قانونية لصالح الوارث مؤداها اعتبار تصرف المورث وصية إذا احتفظ بحيازة العين التى تصرف فيها والانتفاع بها مدى حياته ما لم يقم دليل يخالف ذلك كأن يثبت المتصرف إليه أن التصرف كان منجزا وبمقابل . لما كان ذلك وكان البين من مطالعة مدونات الحكم الصادر فى الاستئناف رقم ٥٧ لسنة ٢٤ ق طنطا - المقدم صورة رسمية منه - المرفوع عن نفس التصرف الصادر من المورث إلى ولديه - وبين ذات الخصوم أنه انتهى فى أسبابه بعد سماع شهود الطرفين إلى أن هذا التصرف - المطعون عليه من الطاعنة بالصورية المطلقة - جدِّى لأن الثمن تسدد وأنه لذلك يتعين تأييد الحكم الابتدائى الصادر برفض دعواها ومؤدى ذلك أن هذا الحكم قد فصل نهائيا فى أن التصرف جدى ومنجز ومقابل ثمن وهو ما ينفى بالقطع أنه وصية مضافة إلى ما بعد الموت وعلى سبيل التبرع فلا يجوز العودة إلى مناقشة ذلك بالدعوى الماثلة ويعتبر الحكم حجة فيما قضى به فى هذا الصدد ، تحول دون نظر ادعاء الطاعنة بأن التصرف يخفى وصية ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وانتهى بأسباب سائغة إلى وحدة الموضوع فى الدعويين فإنه يكون متفقا مع صحيح القانون .

(نقض ٣١ / ١ / ١٩٨٤ - طعن رقم ١٠٩٧ لسنة ٥٠ قضائية)

٢٥ - المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن التصرف الصادر من المورث هو فى الأصل ملزم لورثته يحاجون به باعتبار أن آثار العقد تمتد إلى المتعاقد وخلفه العام .. إلا أن يكون هذا التصرف صادرا لوارثه وقصد به الإضرار بحق الآخرين فى الميراث أو صدر فى مرض الموت إذ يعتبر الوارث الآخر فى هذه الحالة فى حكم الغير ويستمد حقه فى الطعن على هذا التصرف من القانون مباشرة حمايةً له من تصرفات مورثه التى قصد بها الاحتيال على قواعد الإرث المتعلقة بالنظام العام ، أما إذا اجاز الوارث هذا التصرف فأنه يكون قد صادق عليه وأقر بصحته والتزم بنفاذه وأسقط حقه بالتالى فى الطعن عليه بأى مطعن .

(نقض ١٤ / ٢ / ١٩٨٤ - طعن رقم ١٧٤٥ لسنة ٤٩ ق)

٢٦ - المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الوارث لا يعتبر قائما مقام

مورثه فى التصرفات الماسة بحقه فى التركة عن طريق الغش والتحايل على مخالفة أحكام الإرث ، بل يعتبر فى هذه الحالة فى حكم الغير ويباح له الطعن على التصرف وإثبات صحة طعنه بكافة الطرق لأنه فى هذه الصورة لا يستمد حقه من المورث وإنما من القانون مباشرة ولا تقف نصوص العقد وعباراته الدالة على تنجيز التصرف مهما كانت صراحتها حائلا دون هذا الإثبات .

(نقض ٩/٦/١٩٨٥ طعن رقم ٧٥١ لسنة ٥٤ قضائية) .

٢٧ - من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن أجازة إثبات العقد المستتر فيما بين عاقديه بالبينة فى حالة الاحتيال على القانون مقصور على من كان الاحتيال موجها ضد مصلحته ، وإذ كان عقد البيع الظاهر الصادر من الطاعنة إلى المطعون عليها زوجة ابنها ثابتا بالكتابة فلا يجوز لهذه البائعة أن تثبت بغير الكتابة أن هذا العقد يخفى تصرفا آخر قصد به الاحتيال على قواعد الإرث لأنه لا يجوز لأى من عاقديه أن يثبت هذه الصورية إلا بالكتابة وذلك عملا بنص المادة ١/٦١ من قانون الإثبات .

(نقض ٢٩/١١/١٩٨٤ طعن رقم ٢٨٨ لسنة ٥١ ق) .

٢٨ - المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن مفاد نص المادة ٩١٧ من القانون المدنى أن القرينة المنصوص عليها فيها لا تقوم إلا باجتماع شرطين هما احتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها واحتفاظه بحقه فى الانتفاع بها على أن يكون احتفاظه بالأمرين مدى حياته ولا يكفى لقيام هذه القرينة أن ينتفع المتصرف بالعين انتفاعا فعليا حتى وفاته دون أن يكون مستندا فى هذا الانتفاع إلى مركز قانونى يخوله حقا له يتأتى تجريده منه .

(نقض ٢/٤/١٩٨٥ طعن رقم ١٩٠١ لسنة ٥١ ق ، نقض ٣١/١٢/١٩٧٠ سنة ٢١ ، ص ١٣٢٨ ، نقض ٢٤/٦/١٩٦٥ سنة ١٦ صفحة ٨٠٩) .

٢٩ - القرينة المنصوص عليها فى المادة ٩١٧ من القانون المدنى من قبيل الدفاع الذى يجوز تمسك الخصم به لأول مرة أمام محكمة

الاستئناف دون أن يكون لعدم تمسكه به أمام محكمة أول درجة من أثر على هذا الحق .

(نقض ٢٨ / ٦ / ١٩٨٤ طعن رقم ٤٤ لسنة ٥١ ق ، نقض ٢٨ / ١١ / ٧٨ سنة ٢٩ ص ١٧٨١) .

٣٠ - انتفاء شروط قرينة المادة ٩١٧ مدنى لا يحول دون استنباط المحكمة إضافة التصرف إلى ما بعد الموت من قرائن أخرى .

(نقض ٢٧ / ٢ / ٨٣ طعن ٤١٩ لسنة ٤٢ ق) .

٣١ - يشترط لتطبيق المادة ٩١٧ من القانون المدنى أن يكون المتصرف إليه وارثا إلا أنه إذا لم يتوافر هذا الشرط فإن للوارث الذى ينعى على التصرف بأنه يستر وصية أن يثبت هذا الطعن بكافة طرق الإثبات ، وله فى سبيل ذلك أن يثبت احتفاظ المورث بحيازة العين المتصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها كقرينة قضائية ليتوصل بها إلى إثبات مدعاه .

(نقض ٢٨ / ٥ / ١٩٨٥ طعن رقم ٢٤٢١ لسنة ٥١ قضائية) .

٣٢ - من المقرر قانونا أن الوصية تكون لوارث أو لغير وارث وبالتالى يجوز الادعاء بصورية التصرف الساتر لها فى الحالين .

(نقض ٢٩ / ٣ / ١٩٨٤ طعن رقم ١٠٩٣ لسنة ٥٠ ق) .

٣٣ - طعن الوارث بصورية التصرف الصادر من مورثه بأنه فى حقيقته وصية إضرارا بحقه فى الميراث أو أن التصرف صدر فى مرض الموت . جواز إثبات الصورية بكافة الطرق . طعنه بصورية هذه التصرفات صورية مطلقة وجوب تقييده فى هذه الحالة بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات .

(نقض ٢٠ / ٢ / ١٩٨٣ طعن رقم ٤١٩ لسنة ٤٢ ق) .

٣٤ - من المقرر أن إجازة الوارث لتصرفات مورثه الضارة بحقه فى الإرث قد تكون صريحة أو ضمنية والإجازة الضمنية تكون بقول أو عمل أو إجراء يصدر من الوارث يدل بذاته على تركه للحق أو إتيانه أى تصرف يفهم منه بوضوح إجازة هذا التصرف .

(نقض ٢٣ / ٤ / ١٩٨٥ الطعنان رقما ١٤٨٥ ، ١٥٥٠ لسنة ٥٤ ق) .

٣٥ - يشترط - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لاعتبار العقد ساترا لوصية أن يثبت اتجاه المتصرف إلى التبرع وإضافة التمليك إلى ما بعد موته .

(نقض ١٠ / ٤ / ١٩٨٥ طعن رقم ٣٠٠ لسنة ٥٠ قضائية)

٣٦ - عجز المتصرف إليه عن دفع الثمن المسمى فى عقد البيع لا ينهض بذاته دليلا على أن العقد يخفى وصية ، إذ لا يتعارض ذلك مع تنجيز التصرف واعتباره صحيحا سواء أكان العقد فى حقيقته بيعا أو هبة مستترة فى عقد بيع استوفى شكله القانونى .

(نقض ١٠ / ٤ / ١٩٨٥ طعن رقم ٣٠٠ لسنة ٥٠ قضائية) .

٣٧ - الوصية لا تنعقد فيما زاد عن قيمة ثلث التركة إذا لم يجز الورثة هذه الزيادة فإذا تعددت الأموال الموصى بها وجاوزت قيمتها ثلث التركة فإنها تنفذ بالمحاصة بنسبة قيمة كل مال منها إلى قيمة ثلث التركة .

(نقض ٣ / ١ / ١٩٨٥ طعن رقم ١٢ لسنة ٥١ قضائية)

٣٨ - وحيث أن هذا النعى مردود ، ذلك أنه يبين من الحكم الابتدائى الذى أيده الحكم المطعون فيه وأحال إلى أسبابه أنه بعد أن ناقش أقوال شهود الطرفين الذين شهدوا فى التحقيق الذى أمرت به المحكمة الابتدائية لإثبات أن البيع صدر من المورث وبطريق التبرع وأنه يخفى وصية انتهى إلى القول « بأن المدعين « الطاعنين » لم يثبتوا أن التصرف حصل من مورثهم فى مرض الموت وكذلك أخفقوا فى إثبات أنه حصل منه تبرعا للمتصرف إليهم وبالعكس من ذلك شهد شهود المدعين « الطاعنين » بما يشعر أن التصرف تم بمقابل وقطع بذلك شاهدا المدعى عليهما « المطعون ضدهما » ورد الحكم المطعون فيه على الادعاء بأن العين ظلت فى وضع يد البائع حتى وفاته بقوله « أنه ثبت من عقد الإيجار المؤرخ أول مارس سنة ١٩٥٩ الصادر من المورث لأحد مستأجرى منزله أن المورث قد حول هذا العقد ابتداء من أول يناير سنة ١٩٦٣ إلى المستأنف عليها الأولى « المطعون ضدها الأولى » بصفتها بما يفد انتقال وضع اليد من المورث « البائع » إلى المشترية بصفتها ولا يؤثر بعد ذلك صدور بعض الإيصالات باسمه فإن له مباشرة شئون

أولاده نيابة عنهم ويبين من ذلك أن الحكم المطعون فيه خلص إلى أن التصرف المطعون ببطلانه هو بيع دفع فيه الثمن كاملا من المطعون ضدها الأولى إلى البائع « المورث » وأن البيع استوفى أركانه القانونية وقد صدر منجزا من المورث فى حال صحته إلى بعض ورثته ولم يقصد به الوصية ، وإذ كان لمحكمة الموضوع أن ترفض طلب التحقيق الذى يطلب منها كلما رأت أنها ليست فى حاجة إليه وكانت محكمة الاستئناف قد انتهت إلى أن العقد محل النزاع هو عقد حقيقى استوفى أركانه القانونية ومن بينها الثمن أخذا بأقوال الشهود الذين سمعوا فى التحقيق الذى أجرته محكمة أول درجة وهو مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع فى تقدير أقوال الشهود فإنها بذلك تكون قد رفضت ضمنا طلب الطاعنين الإحالة إلى التحقيق لإثبات صورية الثمن لما تبينته من عدم الحاجة إليه اكتفاء بما هو بين يديها من عناصر الدعوى والتحقيقات التى تمت فيها ، وهو حقها الذى لا معقب عليها فيه ، ولما كانت القرينة القانونية النصوص عليها فى المادة ٩١٧ من القانون المدنى لا تقوم - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إلا إذا كان المتصرف لأحد ورثته قد احتفظ لنفسه بحيازته للعين المتصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها على أن يكون الاحتفاظ بالأمرين مدى حياته لحساب نفسه ، ومستندا إلى حق لا يستطيع المتصرف إليه حرمانه منه وكان الحكم المطعون فيه قد نفى بأسباب سائغة احتفاظ المورث بحيازته العين المتصرف فيها ، واعتبر أن قيامه بتحصيل أجرتها بعد التصرف فيها إنما كان لحساب أولاده القصر - المتصرف إليهم - بصفته وليا طبيعيا عليهم - ولم يكن لحساب نفسه لعدم استناده فى ذلك إلى مركز قانونى يخوله حق الانتفاع بتلك العين . لما كان ما تقدم فإن الحكم المطعون فيه وقد قضى باعتبار العقد بيعا منجزا مستوفيا أركانه القانونية ومنها الثمن وأنه صدر من المورث فى صحته ولا يقصد به الوصية مستندا فى ذلك - وعلى ما سلف البيان - إلى أسباب سائغة تكفى لحمل قضائه ولا فساد فيها فإن النعى عليه بهذا السبب يكون على غير أساس .

(نقض ١٩٧٢/٣/٧ سنة ٢٣ ص ٢٠٢) .

٣٩ - من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن البحث فى كون البيع

الصادر من المورث لأحد الورثة حقيقيا أو صوريا وهل هو تصرفا منجزا أو مضافا إلى ما بعد الموت من المسائل الموضوعية التى قوامها الواقع الذى تستظهره محكمة الموضوع من نية المتعاقدين بناء على تصرفاتهم السابقة والمعاصرة والتالية لعقد البيع ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فيه مادام استخلاصها سائغا وله أصله الثابت فى الأوراق .

(نقض ١٠ / ٢ / ١٩٨٥ طعن رقم ٦٨١ لسنة ٥١ قضائية) .

٤٠ - من المقرر فى قضاء النقض أن لخلف المتصرف أن يطعن بصورية التصرف باعتباره يستر وصية مضافة إلى ما بعد الموت ، فإذا كان المتصرف قد احتفظ لنفسه بحيازة العين وبحقه فى الانتفاع بها اعتبر ذلك قرينة قانونية على أن التصرف وصية إذا كان صادرا لوارث ويكون لهذا الأخير إثبات العكس أى أن التصرف كان منجزا ، أما إذا كان التصرف صادرا لغير وارث فإنه يكون على مدعى الصورية أن يثبت وبكافة الطرق القانونية بما فيها البينة أن التصرف قصد به الإيصاء ، إذا احتفظ لنفسه بحيازة العين وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته .

(نقض ١٢ / ٣ / ١٩٨٥ - طعن رقم ٥٤٠ لسنة ٥١ قضائية)

(نقض ٣١ / ١ / ١٩٨٤ - طعن رقم ١٠٩٧ لسنة ٥٠ ق)

القرينة المنصوص عليها فى المادة ٩١٧ مدنى تسرى على الوصية الواجبة :

تضمنت المادة ٧٦ من قانون الوصية أن الأحفاد الذين يموت أباؤهم فى حياة أبيهم أو أمهم ، أو يموتون معهم ولو حكما كالغرقى والهدمى والحرقى ، فإن هؤلاء لا يرثون بعد موت جدهم أو جدتهم ، لوجود من يحجبهم من الميراث .

فإذا كانوا غير وارثين ولم يوص لهم الجد أو الجدة بمثل نصيب اصلهم فإن الوصية تجب لهم بإيجاب الله تعالى بمثل هذا النصيب على الا يزيد على الثلث .

وهى تجب لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وهم من لا ينتسبون إلى الميت بأنثى وإن نزلت طبقاتهم وهو ابن الميت وابنته .

والقول بوجوب الوصية للأقربين غير الوارثين مروى عن جمع عظيم من فقهاء التابعين ومن بعدهم من أئمة الفقه الحديث ، ومن هؤلاء سعيد بن المسيب والحسن البصرى والطبرى وابن حزم .

والأصل فى هذا قوله تعالى « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت أن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين » .

ونصت المادة ٧٧ من قانون الوصية على أنه .

« إذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية ، وإن أوصى له بأقل من نصيبه وجب له ما يكمله » .

« وإن وصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه » .

ويؤخذ نصيب من لم يوص له ويوفى نصيب من أوصى له بأقل مما وجب من باقى الثلث فإن ضاق عن ذلك فمنه ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية » .

وتأسيسا على ما تقدم فإن القرينة المنصوص عليها فى المادة ٩١٧ مدنى تسرى على الوصية الواجبة .

أحكام النقض :

النص فى المادة ٧٦ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ يدل وعلى ما جرَى به قضاء هذه المحكمة على أن المشرع قرر وصية واجبة فى حدود ثلث التركة للأحفاد الذين يموت آباؤهم فى حياة أحد والديهم طالما لم يوص الجد لفرع ولده بمثل نصيب ذلك الولد بشرط أن يكونوا غير وارثين ، وألا يكون الميت قد أعطاهم بغير عوض مايساوى الوصية الواجبة مما مفاده أن يقدم ذا الوصية الواجبة من التركة على استحقاق الورثة سواء أوصى المورث بها أو لم يوص ، ومن ثُم يكون لصاحب الوصية - كالوارث - حق معلوم فى التركة وإن قدم على من عداه من أصحاب الحقوق المفروضة فيها شرعا وهم الورثة بما يستقيم معه القول بأن أحكام الوصية الواجبة تندرج ضمن أحكام المواريث عامة ويتشكل منها وحدة واحدة ، لما كان ذلك فإن مؤداه ولازمه تعميم حكم القرينة القانونية المقررة بنص المادة ٩١٧ من القانون المدنى بالنسبة للتصرف

الصادر إلى الوارث على التصرف الصادر أيضا لصاحب الوصية الواجبة وذلك لاتحاد العلة والحكم فى شأنها بل ولتوفره فى هذه الحالة الأخيرة من باب أولى .

(نقض جلسة ١٢ مارس سنة ١٩٨٥ - الطعن رقم ٥٤٠ لسنة ٥١ ق) .

إذا انتهت المحكمة إلى اعتبار العقد وصية فلا يجوز لها أن تقضى بصحة العقد فى حدود ثلث التركة دون أن تتبين أعيان التركة جميعها

من المقرر أنه إذا طعن على العقد بالصورية تأسيسا على أنه يخفى وصية فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بصحة التصرف فى حدود ثلث التركة دون أن تتبين أعيانها فإذا رفع أحد الورثة دعوى بصحة ونفاذ عقد بيع قطعة أرض وطعن باقى الورثة على العقد بأنه يخفى وصية وانتهت المحكمة إلى صحة هذا الدفاع فلا يجوز لها أن تقضى بصحة ونفاذ العقد بالنسبة للثلث فى الأرض المبيعة بل يتعين عليها أولا أن تتحقق من جميع أعيان التركة من عقار ومنقول وقت القبض والقسمة ، فإذا تبين لها أن التصرف فى حدود الثلث حكمت بصحة ونفاذ العقد ، أما إذا تبين لها أنه يزيد عن الثلث حكمت بصحة العقد فيما يعادل ثلث التركة فقط مادام أن الورثة لم يجيزوا التصرف فيما يزيد عن الثلث .

وإذا تعددت الأموال الموصى بها وجاوزت قيمتها ثلث التركة فانها تنفذ بالمحاصة بنسبة قيمة كل مال منها إلى قيمة ثلث التركة .

ومن المقرر أن العبرة فى تقدير قيمة التركة لتحديد الثلث الذى تنفذ فى حدوده الوصية هو وقت القسمة والقبض .

ويتعين استنزال الديون من قيمة التركة قبل بيان ثلثها الذى يجوز الإيصاء فى حدوده .

أحكام النقض :

من حيث أنه لما كان قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ الذى يحكم

واقعة الدعوى ينص على أن الوصية لا تنفذ من غير أجازة الورثة إلا فى حدود ثلث تركة الموصى بعد سداد جميع ديونه ، ولم يتعرض هذا القانون صراحة للوقت الذى تقوم فيه التركة ويتحدد ثلثها وكان الراجح فى مذهب أبى حنيفة أن يكون تقدير الثلث الذى تخرج منه الوصية بقيمته وقت القسمة والقبض لأنه هو وقت استقرار الملك وتنفيذ الوصية وإعطاء كل ذى حق حقه ، وحتى لا يكون هناك غبن على أى واحد من الورثة أو الموصى له فيها بعطاء ورتبوا على ذلك أن كل مايحدث فى الفترة ما بين وفاة الموصى والقسمة من نقص فى قيمة التركة أو هلاك فى بعض أعيانها يكون على الورثة والموصى له ، وكل زيادة تطرأ على التركة فى هذه الفترة تكون للجميع ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد قضى بصحة التصرفين فى حدود ثلث كل منهما دون أن يستظهر عناصر التركة التى خلفها المورث أو يعنى ببحث ما إذا كانت التركة محملة بديون الغير أم لا مع أن هذا البيان لازم لتقدير الثلث الذى تخرج منه الوصية على النحو الذى يتطلبه القانون بالمعنى المتقدم ، لما كان ذلك فإن الحكم يكون فوق خطئه فى تطبيق القانون قد جاء قاصرا عن بيان الأسباب التى استند إليها فى تقييم القدر الجائز الإيصاء به مما يستوجب نقضه لهذا السبب .

(نقض ٦ /١٢/ ١٩٧٧ - السنة ٢٨ ص ١٧٤٢) .

٢ -- الوصية لا تنعقد فيما زاد عن قيمة ثلث التركة إذا لم يجز الورثة هذه الزيادة فإذا تعددت الأموال الموصى بها وجاوزت قيمتها ثلث التركة فإنها تنفذ بالمحاصة بنسبة قيمة كل مال منها إلى قيمة ثلث التركة . (نقض ٣ / ١ / ١٩٨٥ طعن رقم ١٢ لسنة ٥١ قضائية) .

توقيع أحد الورثة كشاهد على عقد البيع الذى يخفى وصية لا يمنعه من الطعن عليه بالصورية :

إذا باع المورث لأحد ورثته شيئا سواء كان عقارا أو منقولا ووقع وارث أخر على عقد البيع كشاهد فإن هذا لا يمنع الأخير بعد وفاة مورثه من الطعن على هذا العقد بأنه صورى صورية نسبية وأنه فى حقيقته وصية إذ لا يعتبر توقيعه على العقد إجازة له لأن إجازة الوارث للتصرف

الصادر من مورثه لايعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث ذلك أن صفة الوارث التى تخوله حقا فى التركة لا تثبت إلا بالوفاة .

أحكام النقض :

١ - وحيث إن هذا النعى برمنه مردود ، ذلك أنه لما كان الدفع ببطلان عقد البيع على أساس ، أنه يستر وصية وإن وصف بأنه دفع بالبطلان إلا أنه فى حقيقته ويحسب المقصود منه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إنما هو دفع بصورية هذا العقد صورية نسبية بطريق التستر لا يسقط بالتقادم ، لأن ما يطلبه المتمسك بهذا الدفع إنما هو تحديد طبيعة التصرف الذى قصده العاقدان وترتيب الآثار القانونية التى يجب أن تترتب على النية الحقيقية لهما واعتبار العقد الظاهر لا وجود له ، وهذه حالة واقعية قائمة ومستمرة لا تزول بالتقادم ، فلا يمكن لذلك أن ينقلب العقد الصورى صحيحا مهما طال الزمن ، وكانت المادة ٩١٧ من القانون المدنى إذ نصت على أنه « إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية مالم يقم دليل يخالف ذلك » قد أفادت - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن القرينة التى تضمنتها لا تقوم إلا باجتماع شرطين أولهما هو احتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها ، وثانيهما احتفاظه بحقه فى الانتفاع بها على أن يكون ذلك كله مدى حياته ، وكان لقاضى الموضوع سلطة التحقق من توافر هذين الشرطين للتعرف على حقيقة العقد المتنازع عليه والتحرى عن قصد المتصرف من تصرفه وذلك فى ضوء ظروف الدعوى التى أحاطت به مادام قد برر قوله فى ذلك بما يؤدى إليه ، وكان لا يجوز التحدى بعدم توافر هذين الشرطين أو حدهما استنادا إلى ما جاء فى صياغة العقد بشأنه لأن جدية العقد بوصفه عقد بيع هى بذاتها موضوع الطعن عليه . لما كان ذلك وكان الثابت من الاطلاع على الحكم الابتدائى الذى أيده الحكم المطعون فيه وأخذ بأسبابه ، إنه إذ قضى باعتبار التصرف موضوع النزاع تصرفا مضافا

إلى ما بعد الموت قصد به الاحتيال على قواعد الإرث وتسرى عليه أحكام الوصية أسس هذا القضاء على قوله « وإن المحكمة تستخلص من صيغة العقد المؤرخ ٢١ / ١١ / ١٩٥٦ أنه ينطوى فى حقيقته على وصية لوارث مما تحكمه المادة ٩١٧ من القانون المدنى ، ذلك أنه يبين من الرجوع إلى العقد المذكور (١) أن المورث المرحوم ..... قد تصرف إلى بناته المذكورات فى العقد وإلى زوجته ... فى الأطيان موضوع التداعى واشترط أنه إذا تزوجت .... بعد وفاته يؤول نصيبها فى الأطيان السالفة الذكر إلى بناتها وهن باقى المتصرف إليهن بالعقد المذكور (ب) أن المورث المذكور اشترط فى العقد سالف الذكر أنه فى حالة عدم زواج ... بعد وفاته ، فإن نصيبها أيضا فى الأطيان موضوع التداعى يؤول إلى بناتها دون اعتداد بمعارضة ورثتها ، وأنه بالإضافة إلى ذلك فإن المحكمة تستخلص أيضا من أقوال الشاهد الثانى من شهود المدعيات الطاعنات وهو الذى تطمئن إلى أقواله أن العقد موضوع التداعى ، إنما ينطوى على وصية ذلك أنه قرر أن المورث المرحوم .. كان يقوم بتأجير الأطيان موضوع التداعى إلى الغير ، وأنه كان يتقاضى الأجرة المستحقة عنها حتى تاريخ وفاته ، كما وأن هذا الشاهد قرر أنه لا يعلم شيئا عن العقد المؤرخ ٣١ / ١١ / ١٩٥٦ وأنه لم يسمع عنه إطلاقا ، وكان الواضح من هذا الذى قرره الحكم أنه استظهر قيام الشرطين اللذين تستلزمهما القرينة القانونيّة المستفادة من نص المادة ٩١٧ من القانون المدنى ، وركن فى ذلك وعلى ما سلف بيانه إلى أقوال الشاهد الثانى من شهود الطاعنات وهى الأقوال التى اطمأن إليها وإلى قرائن أخرى باعتبارها أدلة متساندة تؤدى فى مجموعها إلى ما انتهى إليه من أن العقد يخفى وصية لما كان ذلك ، وكان تقدير القرائن – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكة – مما يستقل به قاضى الموضوع ،.ولا شأن لمحكمة النقض فيما يستنبطه من هذه القرائن متى كان استنباطه سائغا ، وإذ اعتمد الحكم كما سبق القول على أدلة وقرائن متساندة تؤدى فى مجموعها إلى ما خلص إليه من أن نية الطرفين قد انصرفت إلى الوصية لا إلى البيع المنجز فإنه لا يجوز للطاعنة المجادلة فى النتيجة التى استخلصها الحكم بمناقشة كل قرينة على حدة لإثبات عدم كفايتها فى ذاتها . لما كان ما تقدم ، وكان ما أثارته

الطاعنات من أن مورثة المطعون ضدهم من السادس إلى الأخيرة قد أجازت التصرف الصادر إليهن من المورث باعتباره بيعا منجزا بتوقيعها على العقد كشاهدة مردود بأن إجازة الوارث للتصرف الصادر من مورثه لا يعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث ذلك لأن صفة الوارث التى تخوله حقا فى التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة ، وكان ما تنعاه الطاعنات من أن سكوت هؤلاء المطعون ضدهم عن الطعن على العقد بأنه يخفى وصية قرابة ثمانى سنوات يعتبر منهم إجازة له ، مردود أيضا بأن الحكم المطعون فيه قد انتهى فى حدود سلطته التقديرية إلى أن ذلك لا يعد منهم فى ظروف الدعوى إجازة للتصرف باعتباره وصية ، لماكان ما تقدم جميعه ، فإن النعى على الحكم بالأسباب الأربعة السالف ذكرها يكون على غير أساس

(نقض ١٠ / ٤ / ١٩٧٣ سنة ٢٤ ص ٥٧٧) .

الفصل الخامس

الصورية فى القانون التجارى

١ - احتراف الشخص التجارة مستترا وراء شخص آخر :

قد يحترف شخص التجارة مستترا وراء شخص آخر ويكون ذلك فى الأحوال التى يكون فيها الشخص المستور محظورا عليه الاتجار بمقتضى قانون أو لائحة ، أو تكون له فى ذلك الاستتار مصلحة ما .

وقد ثار الخلاف حول تحديد الشخص الذى تلحقه صفة التاجر ..

فذهب رأى إلى قصر صفة التاجر على الشخص (المستور) لأن التجارة تتم فى الحقيقة باسمه ولحسابه الخاص .

وذهب رأى آخر إلى قصر هذه الصفة على الشخص الظاهر وحده ، وذلك احتراما للثقة المبنية على ظاهر الأشياء .

والرأى الراجح على ضرورة أن يكتسب الشخصان معا صفة التاجر ، فالشخص المستور لا يجوز فى الواقع أن يفلت من آثار صفة التاجر بينما شروط هذه الصفة متحققة فيه بالفعل .

أما الشخص الآخر (الظاهر) فإنه على الرغم من عدم توفر عناصر الحرفة التجارية يعتبر تاجرا هو الآخر ، لأن ظهوره بمظهر التاجر وتعامله مع الغير على هذا الأساس يجب أن يؤدى إلى اكتسابه صفة التاجر بما تستتبعه هذه الصفة من آثار تطبيقا لنظرية الظاهر وحماية لثقة الغير المشروعة .

(القانون التجارى د . على البارودى ص ١٣٥ ، القانون التجارى للدكتور محمد فريد العرينى ط ١٩٨٥ ص ١٧٨) .

ومن صور الصورية فى القانون التجارى أيضا

٢ - توزيع أرباح صورية على الشركاء :

تقوم الشركة عند نهاية كل سنة مالية بعمل الجرد والميزانية وحساب

الأرباح والخسائر فإذا تبين لها زيادة أصولها على خصومها كانت الزيادة أرباحا ، فتوزع على الشركاء وإذا تبين للشركة مع بيان الجرد والميزانية وحساب الأرباح والخسائر أن خصومها تجاوز أصولها فيمتنع عليها توزيع أية مبالغ تحت اسم الأرباح ، لأن هذه المبالغ لا تعدو وأن تكون اقتطاعا من رأس المال الذى لا يجوز المساس به باعتباره الضمان العام لدائنيها .

وإذا قامت الشركة بتوزيع أرباح على الشركاء - فتسمى الأرباح الصورية .

ويلجأ إلى مثل هذا الأسلوب عندما تريد التستر على أزمة تمر بها قاصدة بذلك إيهام الغير بمتانة مركزها المالى وخلق ائتمان مزيف لنفسها .

والرأى مستقر على تزويد دائنى الشركة بدعوى مباشرة قبل الشريك ولو كان حسن النية لإجباره على رد الأرباح الصورية التى حصل عليها ، لأن هذه الأرباح لا تعد من قبيل الثمار المدنية التى يتم تملكها بمجرد قبضها ، وإنما هى استرداد مقنع لجزء من حصة الشريك أثناء حياة الشركة يحول دون مبدأ ثبات رأس المال وعدم جواز المساس به طالما كانت الشركة باقية ولم تنقض بعد .

هذا فضلا عن أنه من العسير اعتبار الشريك حسن النية ، لأن من حقة الرقابة والإشراف ، فكان واجبه أن يستخدم هذا الحق ليتأكد من عدم صورية الأرباح التى يقبضها .

كما أن لدائنى الشركة مصلحة جدية فى طلب رد هذه الأرباح الصورية التى قبضها الشركاء على الرغم من مسئولية هؤلاء قبلهم مسئولية شخصية ، وتضامنية عن ديون الشركة ، إذ متى تم استرداد هذه الأرباح عادت إلى ذمة الشركة فتخصص للوفاء بديونهم وحدهم . أما إذا صارت حقا خالصا للشريك واقتصر دائنو الشركة على مطالبته بديونهم فإنهم يتعرضون لمزاحمة دائنية الشخصيين . (المرجع الأخير ص ٣٩٥) .

(نقض جلسة ١٩٦٧/٦/٢٩ - السنة ١٨ العدد الثالث ص ١٤٥٧) .

٣ - وحيث أن هذا النعى مردود بأنه لما كان العلم باختلال اشغال المدين هو من مسائل الواقع التى يستخلصها قاضى الموضوع من الأدلة والقرائن القائمة فى الدعوى بلا معقب عليه من محكمة النقض ما دام استخلاصه سائغًا ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بثبوت علم الطاعن بإختلال اشغال المطعون عليها الثانية وقت إبرام عقد البيع موضوع الدعوى على قوله « أنه يبين من مطالعة دعوى الإفلاس المنضمة رقم ٣ لسنة ١٩٦٢ المنصورة والتى رفعت فى ٢٤ / ١ / ١٩٦٢ وصدر الحكم فيها لجلسة ١٩٦٢/٥/٨ بإشهار إفلاس شركة... ...و...و.. والمستأنف عليها الثانية - المطعون عليها الثانية منشاة أحمد البشبيشى بوصفهما الشريكين المتضامنين فى الشركة وتحديد يوم ٢٦ / ٣ / ١٩٦١ تاريخًا مؤقتًا للتوقف عن الدفع ، أن المحكمة كانت قد قررت بجلسة ١٠ / ٤ / ١٩٦٢ تحديد يوم ٢٤ / ٤ / ١٩٦٢ ميعادًا للنطق بالحكم قبل مده إلى يوم ٨ / ٥ / ١٩٦٢ وكان الثابت من طالعة صحيفة دعوى صحة العقد أن المستأنف عليه الأول - الطاعن - كان قد قدم لقلم الكتاب فى يوم ٢٣ / ٤ / ١٩٦٢ السابق مباشرة على اليوم المحدد أصلاً للنطق بالحكم صحيفة تلك الدعوى لتقدير الرسم المستحق عليها . وكان الثابت أيضا من حافظة مستندات المستأنف عليه الأول آنه كان قد قدم فى نفس يوم ٢٣ / ٤ / ١٩٦٢ طلبًا للمساحة لتحديد العقار المبيع تمهيدا لإجراء الشهر ، وكان الثابت من جهة أخرى آن بيانات صحيفة الدعوى فيما يتعلق بالثمن اختلفت فى دعوى صحة العقد عنها فى صلب العقد .. وكان الثابت بصدد العقد أن حدود ومعالم العقار المبيع وهو منزل واحد مقام على قطعة أرض فضاء مساحتها ٥٦٨ مترًا قد ذكرت بذيل العقد ، فى حين أنه لم يرد ذكر لهذه الحدود أو المعالم بأى جزء من أجزاء العقد ، فإن المحكمة تستخلص من ذلك أنه عند ما تبينت المستأنف عليها الثانية أن الحكم بإشهار إفلاسها أصبح وشيك الصدور بعد أن قررت المحكمة فى جلسة ١٠ / ٤ / ١٩٦٢ تحديد جلسة ٢٤ / ٤ / ١٩٦٢ للنطق

بالحكم ، اتفقت مع المستأنف عليه الأول على أن تبيعه العقار بقصد الإنتفاع بثمنه وحتى لا يدخل العقار فى موال التفليسة ، وبادرا إلى تحرير العقد وتقديم صحيفة الدعوى بصحته لقلم الكتاب فى يوم ٢٣ / ٤ / ١٩٦٢ وجعلا له تاريخًا غير حقيقى هو ١٥ / ١ / ١٩٦٢ ، ونسيا وهما فى عجلة من أمرهما أن يبينا حدود العقار المبيع ، ومؤدى كل ذلك أنه كان يعلم وقت التصرف باختلال أشغال البائعة اختلالا خطيرا - وليس عارضا - أدى إلى رفع دعوى الإفلاس عليها لقعودها عن سداد ديونها التجارية وتحديد يوم ٢٤ / ٤ / ١٩٦٢ للنطق بالحكم فيها ، ومحاولة المستأنف عليها الثانية بالإتفاق مع المستأنف عليه الأول تفادى دخول المنزل فى أموال التفليسة ، ومما يؤكد ذلك صلة القرابة بين طرفى العقد . كما وأن الثابت من صحيفة دعوى الإفلاس أن مركز شركة ... ... ومحل تجارة المستانف عليه الأول يقعان فى شارع واحد ، فإذا آضيف إلى ذلك آن طبيعة المعاملات التجارية والسوق التجارى من شآنها إظهار ما يصيب آشغال التاجر من اختلال بحيث يكون الجهل آمرا بعيد الاحتمال ، لا سيما إذا استطالت المدة بين تاريخ التوقف عن الدفع المحدد له يوم ٢٦ / ٣ / ١٩٦١ تاريخ تحرير البروتستو الأول وبين تاريخ التصرف الذى وقع بعد ذلك بعدة شهور .. وقد جاءت شهادة شاهد المستآنف - المطعون عليه الأول - مؤيدة لعلم المستأنف عليه الأول باختلال آشغال المستانف عليها الثانية وقت التصرف » ، مما مفاده آن المحكمة - فى حدود سلطتها الموضوعية - استخلصت علم الطاعن باختلال آشغال المطعون عليها وقت صدور التصرف المطعون فيه ، من شهادة شاهد المطعون عليه الأول ومن جملة قرائن متساندة وكافية من شآنها آن تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم . لما كان ذلك فإن النعى عليه بهذه الاسباب لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى تقدير الدليل لا تجوز إثارته آمام محكمة النقض .

وحيث ان الطاعن ينعى بالسبب الثانى على الحكم المطعون فيه تناقض أسبابه ذلك آن المطعون عليه الآول عجز عن إثبات صورية العقد فاستبعدها الحكم غير آنه عاد واتخذ من القرائن الخاصة بالصورية

المطلق ، والبعض الآخر للبطلان الجوازى ومن ثم تبدو أهمية تحديد تاريخ توقف المدين عن الدفع فى الحكم الذى يصدر بشهر إفلاسه .

وتعيين المحكمة لتاريخ التوقف عن الدفع لا يحوز حجية الأمر المقضى فيه ، ومن ثم يجوز للمحكمة تعديله كلما اتضحت لها ظروف جديدة لم تكن مطروحة عليها من قبل - ومع ذلك فإن الحكم بتعيين تاريخ التوقف عن الدفع له حجية مطلقة ، ومن ثم يسرى فى مواجهة الكافة ولو لم يكونوا اطرافًا فى الدعوى التى صدر فيها .

(نقض ٢٦/٦/١٩٦٧ - س ١٨ ص ١٤٥٧) .

وإذا لم تعين المحكمة تاريخ التوقف عن الدفع ، فيعتبر تاريخ صدور حكم شهر الإفلاس هو تاريخ التوقف عن الدفع ، وبذلك تنعدم فترة الريبة ، بإستثناء العشرة أيام التى تضاف فى حالة البطلان الوجوبى ، وإذا صدر حكم شهر الإفلاس بعد وفاة المدين المفلس ولم يعين الحكم تاريخ التوقف عن الدفع ، فيعتبر هذا التوقف من تاريخ الوفاة .

ويترتب على حكم شهر الإفلاس رفع يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها .

فقد نصت المادة ٣١٦ تجارى على أن « الحكم بإشهار الإفلاس يوجب بمجرد صدوره رفع يد الفلس من تاريخ هذا الحكم عن إدارة جميع أمواله وعن إدارة الأموال التى تؤول إليه الملكية فيها وهو فى حالة الإفلاس » .

فغل يد المدين يعتبر بمثابة حجز شامل لأموال المفلس يقع لمصلحة جماعة الدائنين بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس ويترتب عليه أن أموال المدين المفلس تصبح فى حالة عدم قابلية للتصرف . أى تؤدى إلى عدم نفاذ التصرفات التى تصدر من المفلس بعد شهر إفلاسه ، فالعقد صحيح بين اطرافه منتج لإثاره وليس لاى منهما التمسك ببطلانه ، ولكن لا يحتج بهذا العقد فى مواجهة جماعة الدائنين .

ويظل غل يد المدين قائمًا بقيام التفليسة ، حتى لو اقفلت بسبب عدم كفاية أموالها لأن ذلك لا يعتبر حلًا للتفليسة ، وينتهى غل اليد وتعود للمدين المفلس حريته فى إدارة أمواله والتصرف فيها بإنتفاء التفليسة اما بالصلح أو بالإتحاد ، ويستعيد المدين أمواله بالحالة التى تكون

عليها وقت إنتهاء غل اليد .

ويشمل غل اليد جميع الأموال التى تدخل فى ذمة المدين وقت شهر إفلاسه سواء أكانت عقارات أم منقولات ، وسواء أكانت متعلقة بتجارته أم غير متعلقة بها ، ذلك أن أموال المدين كلهاضامنة للوفاء بما عليه من ديون ، كما أن غل اليد يعتبر بمثابة حجز عام شامل على ذمة المفلس والذمة المالية لا تتجزأ وفقاً لاحكام التشريع المصرى .

ويدخل فى نطاق غل اليد ما قد يؤول إلى المفلس من أموال بالميراث أو الوصية أو الهبة ، وجميع الأعمال القانونية التى تصدر منه يوم الحكم بإفلاسه سواء أكانت تصرفات قانونية أم أفعالا ضارة تقع منه عن عمد أو إهمال تشغل ذمته بالمسئولية كما يشمل غل اليد منعه من التقاضى .

فالمفلس يمنع من إجراء الأعمال القانونية التى ترد على الأموال التى تتعلق بها حقوق دائنيه سواء أكانت من أعمال الإدارة أم التصرف ، كالبيع والهبة والرهن والإجارة وتحرير الأوراق التجارية أو تقديم مقابل وفائها لدى المسحوب عليه والإقرار بالدين والتنازل عن الحقوق .

وقد سبق أن أوضحنا أن أهم آثار حكم إشهار الإفلاس غل يد المدين برفعها عن إدارة أمواله والتصرف فيها ، ومن ثم فإن هذه التصرفات اللاحقة لحكم شهر الإفلاس لا تنفذ فى مواجهة جماعة الدائنين .

أما التصرفات التى تقع من المدين المفلس خلال فترة الريبة فقد احاطها المشرع بالشك وإحتمال صدورها عنه إضرارًا بدائنية لأنها تقع فى فترة اضطراب أعماله وعلمه بأن شهر إفلاسه أصبح وشيكًا ، وقد يقصد من هذه التصرفات تأخير النتيجة المتوقعة لإضطراب أعماله وهى شهر إفلاسه .. كما قد يهدف منها إلى الإخلال بالمساواة بين دائنيه ، ولذلك نظم المشرع فى المواد ٢٢٧ إلى ٢٣٢ تجارى أحكام بطلان تصرفات المدين المفلس للتى تقع فى فترة الريبة ومصير هذه التصرفات .

تحديد فترة الريبة :

فترة الريبة هى الفترة الواقعة بين التاريخ الذى عينته المحكمة لتوقف المدين المفلس عن دفع ديونه وبين تاريخ صدور حكم شهر الإفلاس ،

يضاف إليها مدة أخرى هى عشرة أيام سابقة على تاريخ التوقف عن الدفع فى حالات البطلان الوجوبى وبطلان قيد الرهون وحقوق الإمتياز ، وفى حالات البطلان الوجوبى أضاف المشرع هذه المدة لما للتصرفات التى تخضع لها من خطورة على جماعة الدائنين .

طبيعة البطلان :

ولا يعتبر إبطال تصرف المدين فى فترة الريبة بطلانًا بالمعنى الصحيح بحيث يزول التصرف ويعود المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل التصرف وإنما المقصود به أن التصرف يصبح غير نافذ فى مواجهة جماعة الدائنين الذين تقرر البطلان لصالحهم ، ومن ثم يعتبر التصرف صحيحًا مرتبًا لإثاره فيما بين المفلس ومن تصرف إليه ، ولما كان البطلان مقررًا لحماية جماعة الدائنين فيجوز لهذه الجماعة التمسك بالتصرف لو وجدت فى ذلك مصلحتها ، كما أنه لا يكون لطلبها البطلان محل إذا لم تترتب عليه فائدة لجماعة الدائنين ، وهذه الجماعة وحدها يمثلها السنديك هى التى يكون لها وحدها طلب بطلان التصرف الذى يقع من المدين المفلس خلال فترة الريبة وليس للمفلس ولا لمن تصرف إليه حق التمسك بالبطلان ، لأن التصرف صحيح فى علاقة كل منهما بالآخر ، ويتعين على المفلس تنفيذ التزامه المترتب على هذا التصرف بعد إنتهاء التفليسة .

وقضت محكمة النقض بأن هذا البطلان فى حقيقته ليس بطلانًا بالمعنى القانونى لأن البطلان يترتب عليه انعدام أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين ، بينما العقد الذى يقضى ببطلانه طبقًا للمادة ٢٢٨ تجارى يظل صحيحًا ومنتجًا لإثاره فيما بين عاقديه وإنما لا ينفذ فى حق جماعة الدائنين ، فالجزاء فى حقيقته هو عدم نفاذ التصرف فى حق هذه الجماعة .

(نقض ٣٠ مارس سنة ١٩٦٧ مجموعة المكتب الفنى السنة ١٨ صفحة ٧٢٥)

كما قضى بأن البطلان المنصوص عليه فى المادة ٢٢٨ لا يستند إلى عيب فى التصرف إذ يبقى صحيحاً بين عاقدية منتجاً لإثاره غير أنه

لا يحتج به على جماعة الدائنين فيصبح غير نافذ فى حقهم .
(نقض ٩ / ١٢ / ١٩٧٥ مجمعة المكتب الفنى السنة ٢٦ صفحة ١٦٠٠)

ودعوى بطلان التصرف لصدوره فى فترة الريبة دعوى ناشئة عن نفس التفليسة وتحكمها قواعد ونصوص الإفلاس ومن ثم تختص بنظرها المحكمة التى اصدرت الحكم بشهر الإفلاس .

البطلان الوجوبى :

حالات البطلان الوجوبى طبقًا لنص المادة ٢٢٧ تجارى هى :

١ - التبرعات .
٢ - الوفاء بالديون غير الحالة .
٣ - الوفاء بالديون الحالة بغير نقود ولا أوراق تجارية ، أى الوفاء بغير المتفق عليه .
٤ - تقرير تأمينات لاحقة على نشوء الدين .

ويجمع هذه الحالات انها تضر جماعة الدائنين ضررًا بليغًا ، لأنها إما أن تكون تبرعات وإما أن تكون تصرفات تنطوى على الإخلال بالمساواة بين الدائنين .

أ - التبرعات :

من المقرر أن دفع الإضرار مقدم على جلب المنافع . ومن ثم لا يتصور أن يتمسك المتبرع إليه بالتبرع بينما يدفع الدائنون بطلب بطلان هذا التبرع محققًا إذ ينقص من أموال المدين الضامنة لحقوقهم دون مقابل . ولذلك ارتاب المشرع فى التبرعات التى تقع من المفلس فى فترة الريبة والأيام العشرة السابقة عليها وافترض أن الباعث عليها تهريب المدين المفلس أمواله المتبرع بها لحرمان الدائنين من التنفيذ عليها . ولذلك أورد المشرع حكم بطلان التبرعات بطلانًا وجوبيًا .

والبطلان الوجوبى تخضع له جميع التبرعات أيا كان الشكل الذى تقع فيه وأيا كان موضوعها ، والتى تقع بين الاحياء . كالابراء من الدين وكفالة دين على الغير وتقرير حق عينى بلا مقابل ، وغيرها من أنواع التبرع .

تبرعات المدين المفلس التى ترد فى عقود تبادلية صورية باطلة بطلانًا وجوبيًا :

وتخضع للبطلان كل التبرعات سواء أكانت صريحة أم مستترة كالهبة التى تقع فى صورة عقد بيع أو صلح ، طالما كشفت المحكمة عن طبيعة التصرف واعتبرته تبرعًا ، وهى فى تكييفها لطبيعة التصرف وما إذا كان تبرعاً أم معارضة تخضع لرقابة محكمة النقض .

الفرق بين ابطال تصرف المفلس لصوريته وبطلان تصرفاته التى تقع فى فترة الريبة :

ومن المقرر أن الدائن متى طلب فى الدعوى إبطال البيع الحاصل من مدينة المفلس لصوريته صورية مطلقة ، كما طلب إبطاله لصدوره منه فى فترة الريبة ، فإن هذين الطلبين وان اتحدا محلاً وخصومة .. إلا أن السبب القانونى فى كل منهما يختلف عن الآخر .

كذلك من المقرر آن الدعوى بصورية التصرف الحاصل من المفلس صورية مطلقة لا ينشأ النزاع فيها عن الإفلاس بل قد يثور ولو لم يشهر إفلاسه كما أن الفصل فيه لا يقتضى تطبيق قاعدة من القوعد المتعلقة بالإفلاس وإنما تحكمه قواعد القانون المدنى ، وينبنى على ذلك أن استئناف الحكم الصادر فى هذه الدعوى لا يخضع بالنسبة لميعاده لحكم المادة ٣٩٤ تجارى وإنما يكون ميعاده هو الميعاد العادى المبين فى قانون المرافعات .

ويجوز لأى من الدائنين الطعن بصورية عقد البيع الصادر من المدين المفلس وهى مغايرة لدعوى البطلان المنصوص عليها فى المادتين ٢٢٧ ، ٢٢٨ تجارى والدعوى البوليصية ولا محل للإحتجاج بعدم تحقيق دين الطاعن إذ أنه لم يرد الإستئثار بمال من التفليسة بل قصد إبقاء العقار ضمن مال المفلس لصالح جميع الدائنين .

(نقض ٢٦ / ٤ / ١٩٥٦ فهرس آحكام النقض جـ ٣ ص ١٤٥)

للدائنين الخيرة بين طلب إبطال التصرف لصوريته وطلب إبطاله لصدوره فى فترة الريبة ويجوز الجمع بينهما كما يجوز إبداء أحدهما بعد الإخفاق فى الآخر :

ومؤدى كل ما تقدم بأن الصورية المطلقة فى العقود تختلف عن بطلان التصرف الصادر من المدين فى فترة الريبة فإذا كان التصرف الصادر من المدين صورى صورية مطلقة كما أنه صدر فى فترة الريبة كان للدائنين الخيار بين أن يطلبوا إبطاله لصوريته وإبطاله لصدوره فى فترة الريبة كذلك فليس هناك ما يمنعهم من إبداء الطلبين معاً كذلك يجوز لهم إبداء احدهما فقط حتى إذا ما اخفقوا فيه طلبوا الثانى غير أنهم إذا أبدوا ، احدهم فقط أمام محكمة أول درجة فلا يجوز لهم إبداء الطلب الثانى فى الإسئناف لإختلاف كل من الطلبين عن الآخر على النحو السالف بيانه .

أحكام النقض :

١ - وحيث أن هذا النعى صحيح ذلك أنه يبين من الوقائع المتقدم ذكرها آن دعوى المطعون عليه الأول - على ما استقرت عليه طلباته فيها - قد تضمنت طلب إبطال البيع الصادر من المطعون عليه الثانى إلى الطاعن لصوريته صورية مطلقة وطلب إبطال هذا البيع لصدوره فى فترة الريبة وهذان الطلبان وإن اتحدا محلا وخصوما إلا آن السبب القانونى فى كل منهما يختلف عنه فى الآخر . ولما كان الحكم الإبتدائى قد رفض فى أسبابه الطلب الثانى وقضى بقبول الطلب الأول وأبطل البيع لصوريته صورية مطلقة وكان الاستئناف الذى رفعه الطاعن عن هذا الحكم مقصورًا على ما قضى به فى هذا الطلب ولم يرد الاستئناف على قضاء الحكم فى الطلب الآخر الخاص ببطلان التصرف لوقوعه فى فترة الريبة لأن هذا القضاء كان فى صالح المستأنف وكان الحكم لا يعتبر صادرًا فى دعوى ناشئة عن نفس التفليسة وخاضعا فى إستئنافه للميعاد المنصوص عليه فى المادة ٣٩٤ من قانون التجارة إلا كان النزاع الذى فصل فيه لا يعرض إلا بمناسبة الإفلاس ويستلزم تطبيق حكم من

الأحكام الواردة فى قانون التجارة فى باب الإفلاس وكان الطلب الذى فصل فيه الحكم الإبتدائى وورد الاستئناف على قضاء الحكم فيه لا ينطبق عليه هذا الوصف إذ أن الدعوى بصورية تصرف صورية مطلقة لا ينشأ النزاع فيها عن الإفلاس بل إنه قد يثور ولو لم يشهر الإفلاس كما أن الفصل فى هذا النزاع لا يقتضى تطبيق قاعدة من القواعد الواردة فى قانون التجارة فى باب الافلاس وإنما تحكمه قواعد القانون المدنى . لما كان ذلك ، فإن الاستئناف الذى رفعه الطاعن عما قضى به الحكم الابتدائى فى هذا الطلب لا يخضع بالنسبة لميعادة لحكم المادة ٣٩٤ من قانون التجارة وإنما يكون ميعاده هو الميعاد العادى المبين فى المادة ٤٠٢ من قانون المرافعات أى أربعين يوما من تاريخ إعلانه – وإذ كان الثابت من تدوينات الحكم المطعون فيه أن الطاعن رفع استئنافه خلال هذا الميعاد وأنه قام باعلانه إلى جميع الخصوم فى الميعاد المبين فى المادة ٤٠٦ مكررًا من قانون المرافعات فإن هذا الاستئناف يكون قد رفع فى الميعاد القانونى واذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه بعدم قبول الاستئناف شكلا لرفعه بعد الميعاد على أن ميعاد هذا الاستئناف هو الميعاد المنصوص عليه فى المادة ٣٩٤ من قانون التجارة فإنه يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه وذلك دون حاجة لبحث السبب الآخر من سببى الطعن .

(نقض ١٩٦٣/٢/٢١ . السنة ١٤ ص ٢٨٣) .

٢ – لما كان ما تقدم وكان غير صحيح ما يقوله الطاعن من أن إقر ر الدائن الذى رفع الدعوى التى صدر فيها ذلك الحكم القاضى بتعد ل تاريخ التوقف عن الدفع بصورية دينه يترتب عليه إلغاء الحكم المذكو ذلك أن إلغاءه لا يكون إلا بحكم يقضى بهذا الإلغاء ، وكان الحكم الإبتدائى الذى أخذ الحكم المطعون فيه بأسبابه قد قرر فى صدد التدليل على إنطباق المادة ٢٢٧ من قانون التجارة على التصرف الصادر من المطعون ضده الأول المفلس إلى الطاعن بالعقد المؤرخ ١٤ سبتمبر سنة ١٩٥٣ « ان التصرف قد نشأ فى خلال فترة الريبة وهى المحددة من ١٩٤٧/١٠/١٥ إلى ١٩٥٥/٣/٥ لأن تاريخ هذا العقد ١٩٥٣/٩/١٤ كما أنه يتضح من مطالعة هذا العقد أن المدعى عليه

(المطعون ضده الأول البائع) كان مدينًا للمدعى (الطاعن المشترى) بموجب كمبيالات منها ١٤٦ ج و ٦٠٠ م تستحق فى ١٩٥٣/٨/٣٠ و ١٤٦ ج و ٦٠٠ م تستحق فى ١٩٥٣/٩/٣٠ و ١٤٦ ج و ٦٠٠ م تستحق فى ١٩٥٣/١٠/٣٠ ومثلها تستحق فى ١٩٥٣/١١/٣٠ و ١٩٥٣/١٢/٣٠ ، ١٣٧ ج و ٦٠٠ م قيمة كمبيالات أخرى عددها أربعة تقع مواعيد استحقاقها فى الفترة من سبتمبر حتى ديسمبر سنة ١٩٥٣ وقد اعتبرت هذه المبالغ من ضمن ثمن المبيع أى اعتبرت مسددة من المدين فى تاريخ العقد وهذا السداد كان عن كمبيالات لم تكن قد استحق دفعها أى أنها ديون آجلة قد أوفى بها المدين ومن ثم يخضع هذا التصرف للبطلان الوجوبى المنصوص عليه فى المادة ٢٢٧ تجارى لأنه وقع فى خلال فترة الريبة وصدر من المفلس فيما يتعلق بأمواله وتضمن الوفاء بالديون الآجلة قبل حلول مواعيد استحقاقها الأمر الذى يتعين معه رفض دعوى صحة ونفاذ هذا العقد لبطلانه طبقًا للمادة ٢٢٧ تجارى ، وكان يبين من هذا أن الحكم الإبتدائى قد أثبت توافر شروط المادة ٢٢٧ من قانون التجارة فى التصرف الصادر من المطعون ضده الأول المفلس إلى الطاعن ، وإذ كان الطاعن لم يعيب الحكم المطعون فيه فى هذا الذى ورد فى أسباب الحكم الإبتدائى وانحصر طعنه عليه فى هذا الخصوص فى أن الحكم المطعون فيه لم يرد على ما تمسك به من عدم انطباق المادتين ٢٢٧ و ٢٢٨ من قانون التجارة وكان ما ورد بأسباب الحكم الإبتدائى مما تقدم ذكره يتضمن الرد على هذا الدفاع ويفيد أن المحكمة قد أطرحته لما أثبتته من توافر شروط المادة الأولى من هاتين المادتين وكان حقا ما قرره الحكم المطعون فيه من أن ما أثاره الطاعن بشأن صورية دين الدائن الذى رفع الدعوى رقم ١٤٢ سنة ١٩٥٦ وصورية دين الدائن صالح حامد الذى استند إليه الحكم الصادر فى تلك الدعوى فى تعديل تاريخ التوقف عن الدفع وما قرره بشأن خطأ ذلك الحكم فى إرجاع هذا التاريخ إلى سنوات عديدة كل ذلك يعتبر نقدا لقضاء الحكم المذكور ومحاولة من الطاعن لإعادة فتح باب الجدل فيما قضى فيه انتهائيا ومن ثم يمتنع على المحكمة بحثه . فان النعى بالسببين الأول والثانى يكون جميعه على غير أساس .

(نقض جلسة ٢٩ / ٦ / ١٩٦٧ - السنة ١٨ العدد الثالث ص ١٤٥٧) .

٣ - وحيث أن هذا النعى مردود بأنه لما كان العلم باختلال اشغال المدين هو من مسائل الواقع التى يستخلصها قاضى الموضوع من الأدلة والقرائن القائمة فى الدعوى بلا معقب عليه من محكمة النقض ما دام استخلاصه سائغًا ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بثبوت علم الطاعن بإختلال اشغال المطعون عليها الثانية وقت إبرام عقد البيع موضوع الدعوى على قوله « أنه يبين من مطالعة دعوى الإفلاس المنضمة رقم ٣ لسنة ١٩٦٢ المنصورة والتى رفعت فى ٢٤ / ١ / ١٩٦٢ وصدر الحكم فيها لجلسة ٨/٥/١٩٦٢ بإشهار إفلاس شركة ... ...و...و.. والمستأنف عليها الثانية - المطعون عليها الثانية منشاة أحمد البشبيشى بوصفهما الشريكين المتضامنين فى الشركة وتحديد يوم ٢٦ / ٣ / ١٩٦١ تاريخًا مؤقتًا للتوقف عن الدفع ، أن المحكمة كانت قد قررت بجلسة ١٠ / ٤ / ١٩٦٢ تحديد يوم ٢٤ / ٤ / ١٩٦٢ ميعادًا للنطق بالحكم قبل مده إلى يوم ٨ / ٥ / ١٩٦٢ وكان الثابت من طالعة صحيفة دعوى صحة العقد أن المستأنف عليه الأول - الطاعن - كان قد قدم لقلم الكتاب فى يوم ٢٣ / ٤ / ١٩٦٢ السابق مباشرة على اليوم المحدد أصلاً للنطق بالحكم صحيفة تلك الدعوى لتقدير الرسم المستحق عليها . وكان الثابت أيضا من حافظة مستندات المستأنف عليه الأول أنه كان قد قدم فى نفس يوم ٢٣ / ٤ / ١٩٦٢ طلبًا للمساحة لتحديد العقار المبيع تمهيدا لإجراء الشهر ، وكان الثابت من جهة آخرى أن بيانات صحيفة الدعوى فيما يتعلق بالثمن اختلفت فى دعوى صحة العقد عنها فى صلب العقد .. وكان الثابت بصدد العقد أن حدود ومعالم العقار المبيع وهو منزل واحد مقام على قطعة أرض فضاء مساحتها ٥٦٨ مترًا قد ذكرت بذيل العقد ، فى حين آنه لم يرد ذكر لهذه الحدود أو المعالم بأى جزء من آجزاء العقد ، فإن المحكمة تستخلص من ذلك آنه عند ما تبينت المستانف عليها الثانية أن الحكم بإشهار إفلاسها أصبح وشيك الصدور بعد أن قررت المحكمة فى جلسة ١٠ / ٤ / ١٩٦٢ تحديد جلسة ٢٤ / ٤ / ١٩٦٢ للنطق

بالحكم ، اتفقت مع المستأنف عليه الأول على أن تبيعه العقار بقصد الإنتفاع بثمنه وحتى لا يدخل العقار فى موال التفليسة ، وبادرا إلى تحرير العقد وتقديم صحيفة الدعوى بصحته لقلم الكتاب فى يوم ٢٣ / ٤ / ١٩٦٢ وجعلا له تاريخًا غير حقيقى هو ١٥ / ١ / ١٩٦٢ ، ونسيا وهما فى عجلة من أمرهما أن يبينا حدود العقار المبيع ، ومؤدى كل ذلك أنه كان يعلم وقت التصرف باختلال أشغال البائعة اختلالا خطيرا - وليس عارضا - أدى إلى رفع دعوى الإفلاس عليها لقعودها عن سداد ديونها التجارية وتحديد يوم ٢٤ / ٤ / ١٩٦٢ للنطق بالحكم فيها ، ومحاولة المستأنف عليها الثانية بالإتفاق مع المستأنف عليه الأول تفادى دخول المنزل فى أموال التفليسة ، ومما يؤكد ذلك صلة القرابة بين طرفى العقد . كما وأن الثابت من صحيفة دعوى الإفلاس أن مركز شركة ... ... ومحل تجارة المستانف عليه الأول يقعان فى شارع واحد ، فإذا أضيف إلى ذلك أن طبيعة المعاملات التجارية والسوق التجارى من شأنها إظهار ما يصيب أشغال التاجر من اختلال بحيث يكون الجهل أمرا بعيد الاحتمال ، لا سيما إذا استطالت المدة بين تاريخ التوقف عن الدفع المحدد له يوم ٢٦ / ٣ / ١٩٦١ تاريخ تحرير البروتستو الأول وبين تاريخ التصرف الذى وقع بعد ذلك بعدة شهور .. وقد جاءت شهادة شاهد المستانف - المطعون عليه الأول - مؤيدة لعلم المستأنف عليه الاول باختلال أشغال المستانف عليها الثانية وقت التصرف » ، مما مفاده أن المحكمة - فى حدود سلطتها الموضوعية - استخلصت علم الطاعن باختلال أشغال المطعون عليها وقت صدور التصرف المطعون فيه ، من شهادة شاهد المطعون عليه الأول ومن جملة قرائن متساندة وكافية من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم . لما كان ذلك فإن النعى عليه بهذه الأسباب لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى تقدير الدليل لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض .

وحيث ان الطاعن ينعى بالسبب الثانى على الحكم المطعون فيه تناقض أسبابه ذلك أن المطعون عليه الأول عجز عن إثبات صورية العقد فاستبعدها الحكم غير أنه عاد واتخذ من القرائن الخاصة بالصورية

دليلا على العلم باختلال اشغال المطعون عليها الثانية وهو ما يشوبه بالتناقض .

وحيث إن هذا النعى مردود ، ذلك أنه لما كانت الصورية المطلقة تتناول وجود العقد ذاته فلا يكون له وجود فى الحقيقة ، وهى مغايرة للبطلان المنصوص عليه فى المادة ٢٢٨ من قانون التجارة لأن البطلان فى هذه الحالة لا يستند إلى عيب فى التصرف إذ يبقى صحيحا بين عاقديه ومنتجا لكل آثاره غير أنه لا يحتج به على جماعة الدائنين فيصبح غير نافذ فى حقهم ، ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه انتهى إلى أنه لم يجد فيما ساقه المطعون عليه الأول من قرائن ما يكفى لإثبات صورية عقد البيع المؤرخ ١٥ / ١ / ١٩٦١ الصادر من المطعون عليها الثانية إلى الطاعن صورية مطلقة ثم استخلص الحكم - وعلى ما سلف البيان - من أقوال شاهد المطعون عليه الأول ومن القرائن التى أشار إليها أن الطاعن كان يعلم باختلال أشغال المطعون عليها الثانية وقت صدور التصرف ورتب على ذلك قضاءه بعدم نفاذ التصرف فى حق الدائنين عملا بحكم المادة ٢٢٨ من قانون التجارة ، وهو ما لا يتعارض مع ما قرره من عدم توافر الدليل على صورية العقد . إذ التناقض الذى يبطل الحكم هو ما تتعارض فيه الأسباب وتتهاتر فتتماحى ويسقط بعضها بعضا بحيث لا يبقى منها ما يقيم الحكم ويحمله ، لما كان ذلك ، فإنّ النعى بهذا السبب يكون فى غير محله .

وحيث إنه لما تقدم يتعين رفض الطعن .

(نقض ٩ / ١٢ / ١٩٧٥ - السنة ٢٦ - ص ١٦٠٠) .

٤ - الصورية فى عقد الشركة :

لم يتضمن القانون التجارى تعريفاً لعقد الشركة التجارية . إلا أن القانون المدنى أورد تعريفاً للشركة تضمنته المادة ٥٠٥ التى نصت على أن « الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصاً أو أكثر بأن يساهم كل منهم فى مشروع مالى بتقديم حصة من مال أو من عمل لإقتسام ما ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة » .

فالشركة عقد يخضع فى الأصل لمبدأ حرية التعاقد وسلطان الإرادة فى

نطاق القواعد التى تعد من النظام العام ، وهى من عقود المعاوضة لأنها تتم لمصلحة جيمع الشركاء .

والشركة عقد محدد ليست من العقود الإحتمالية ، إذ أن كل طرف فى العقد يستطيع أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذى اعطى والقدر الذى أخذ .

وأوجبت المادة ٥٠٧ بأن يكون عقد الشركة مكتوبًا وإلا كان باطلا ، غير أن هذا البطلان لا يحتج به الشركاء على الغير .

والشركة باعتبارها عقدًا تخضع لتوافر الاركان العامة فى العقد وهى الرضا الصحيح والمحل والسبب والأهلية ، كما يجب توافر أركان خاصة تستوجبها الطبيعة القانونية للعقد وهى تعدد الشركاء ومساهمة كل منهم فى تكوين رأس المال عن طريق تقديم حصة من مال أو عمل ، وأقتسام الشركاء كل من الربح والخسارة وتوفر نية المشاركة ، أى قصد الإشتراك .

ومن حالات الصورية فى عقد الشركة .

الحالة الأولى :

عقد الشركة الذى يتضمن إدخال شريك صورى فى العقد بهدف الافلات من أداء الضريبة :

قد يعمد صاحب الشركة إلى إدخال شريك معه فى الشركة بهدف الإفلات من أداء الضريبة كلها أو بعضها ، حتى يستفيد كل منهما بالإعفاء المقرر بالقانون للأعباء العائلية والهبوط بقدر الربح إلى شريحة ذات ضريبة أقل .

فى هذه الحالة يجوز لمصلحة الضرائب أن تثبت صورية عقد الشركة بكافة طرق الإثبات وشهادة الشهود والقرائن وذلك تطبيقًا للقواعد العامة .

وقد يحرر الممول أو صاحب الشركة عقد شركة بينه وبين زوجه أو بينه وبين أحد من الأصول أو الفروع أو بين بعضهم البعض ، ولذلك فإن المشرع كان قد أضاف المادة ٤١ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ المعدل بالقانون رقم ٧٨ لسنة ٧٣ ، والقانون ٤٦ لسنة ١٩٧٨ نص فيها

على أنه فى تطبيق أحكام هذه المادة يعتبر الممول الفرد والشركات التى تقوم بين الأصول والفروع وبين الأزواج حسب الأحوال ، ويجوز فى جيمع الأحوال لصاحب الشركة إثبات جدية الشركة ، وكان المستقر عليها فقها وقضاء طبقا لهذه المادة بأن قيام الشركة بين الأصول والفروع والزوج وزوجته قرينة على صورية الشركة وأن هذه القرينة بسيطة ويجوز لكل شريك أن يثبت جدية عقد الشركة .

وقد صدر القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ ونص فى المادة الأولى منه على إلغاء القانون ١٤ لسنة ١٩٣٩ ونصت المادة ٢٨ منه على إنه « إذا ربطت الضريبة على شخص أو شركة وثبت أنه يعمل لحساب شخص آخر أو شركة أخرى بطريق الصورية أو التواطؤ للحصول على أية مزايا أو للتهرب من أية التزامات مقررة بمقتضى أحكام هذا القانون كان كلاهما الظاهر والحقيقى مسئولين بالتضامن عن سداد الضرائب المستحقة عن الأرباح .

ويعتبر ممولا ظاهرا يعمل لحساب الممول الحقيقى المتنازل إليه عن المنشأة أو المنقول إليه ترخيصها إذا كانت تجمعه بالمتنازل أو صاحب الترخيص علاقة عمل أو كان التنازل أو نقل الترخيص بين الأصول والفروع القصر أو بين الأزواج وفى جميع الأحوال يجوز لصاحب الشأن أن يثبت جدية التصرف » .

والمبادىء التى قررتها هذه المادة لا تخرج عما قررته المادة ٤١ من القانون ١٤ لسنة ١٩٣٩ الملغى من أن عقد الشركة بين الأصول والفروع والقصر والأزواج قرينة على قيام الصورية تعفى مصلحة الضرائب من إثباتها وتلقى بعبء إثبات جدية الشركة على صاحب الشأن .

ومؤدى هذا النص أن المشرع اراد أن يضع حدًا لما يلجأ إليه الممولون من تكوين مثل تلك الشركات بهدف تفتيت الضريبة أو الإعفاء منها أو الوصول بها إلى حد الإعفاء فاستحدث المشرع بهذا النص قرينة قانونية بسيطة مقتضاها صورية الشركات التى من هذا النوع وأجاز لصاحب الشأن إثبات جدية الشركة .

وعلى ذلك فإن هذا القانون قد أعفى مصلحة الضرائب من إثبات

صورية العقد بافتراض أنه صورى ، ونقل عبء الإثبات على الممول أو الشريك ليثبت أن عقد الشركة عقد جدى ، ويكون لمصلحة الضرائب الحق أثناء التحقيق الذى تجريه المحكمة أن تنفى ما يثبته الممول أو الشريك .

وإذا ربطت مصلحة الضرائب الضريبة على سنة معينة ، واعتدت بعقد الشركة فإن ذلك لا يلزمها أن تعتد به فى سنوات لاحقة ، بل لها أن تعتبره صوريًا وفى هذه الحالة يكون على صحاب الشأن أن يرفع دعوى أمام المحكمة ليثبت جدية عقد الشركة فى مواجهة مصلحة الضرائب .

ومن المقرر أن نص المادة ٢٨ من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ يسرى حتى على الشركات القائمة فى تاريخ سابق على العمل به .

أحكام النقض :

لما كان القانون لا يحدد الدعاوى التى يجوز رفعها ، ما دام لصاحبها مصلحة قائمة مشروعة ويكفى المصلحة المحتملة ، إذا كان الغرض من الطلب الإحتياط لدفع ضرر محدق ، أو الإستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه ، وكان المقصود بدعوى صحة ونفاذ العقد هو الحصول على حكم يثبت العقد ، وأنه صدر بين المتعاقدين صحيحا ونافذا ، ولا يزال صحيحا نافذا وقت صدور الحكم ، فمن الجائز أن ترفع هذه الدعوى بالنسبة لسائر العقود وليس عن عقد البيع فقط ، ما دام لرافعها مصلحة مشروعة ، وعلى القاضى فيها أن يبحث كل ما يتعلق بوجود العقد أو انعدامه ، أو بصحته . وكذلك صوريته أو جديته . ولما كانت الدعوى الحالية قصد بها الحصول على حكم بإثبات جدية عقد الشركة المبرم بين المطعون ضدهم ، وكان المشرع قد أضاف إلى المادة ٤١ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ فقرة أخيرة ، بالقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٧٣ نصت قبل تعديلها - بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٨ - على أنه فى تطبيق أحكام هذه المادة يعتبر فى حكم الممول الفرد الشركات التى تقوم بين الأصول والفروع وبين الأزواج ، أو بين بعضهم البعض ، وتربط الضريبة فى هذه الحالة باسم الأصل أو الزوج حسب الأحوال ، ويجوز فى جميع الأحوال لصاحب الشركة إثبات جدية الشركة وأراد من

وراء هذا النص أن يضع حدًا لما يلجأ إليه المولون من تكوين مثل تلك الشركات المشار إليها ، بهدف الإفلات من أداء الضريبة كلها أو جزء منها حتى يستفيد كل منهم من الإعفاء المقرر بالقانون للاعباء العائلية ، والهبوط بقدر الربح إلى شريحة ذات ضريبة أقل ، ولمعالجة هذا الوضع أضاف الفقرة الأخيرة ، من هذا القانون ، والتى قصد من ورائها مواجهة التهرب الضريبى وتقرير بعض حالات الإعفاء الضريبية ، فاستحدث بها قرينة قانونية بسيطة لم يكن لها نظير فى التشريع المعمول به مقتضاها صورية الشركات التى من هذا النوع واجاز لصاحب الشأن أن يثبت جدية الشركة .. ولما كانت قوانين الضرائب لا تواجه مراكز عقدية وإنما تتعلق بنظم قانونية مما يتصل بالنظام العام فإنها تسرى بأثر مباشر على العقود المبرمة قبل صدورها ، ومن ثم فإن من شأن القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٧٣ اعفاء مصلحة الضرائب من إثبات صورية عقود الشركات سالفة البيان والقائمة وقت صدوره ، ونقل عبْ الإثبات على عاتق صاحب الشأن ، حيث يحمله بإثبات جدية الشركة ، ولو كانت عقودها سابقة على تاريخ العمل به ، وما ينشأ عن هذه الشركات فى تاريخ لاحق عليه . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه المؤيد للحكم الإبتدائى قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه بصحة ونفاذ عقد الشركة المبرم بين المطعون ضدهم تأسيسًا على عدم رجعية القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٧٣ ، وبالتالى عدم تطبيق حكم الفقرة الأخيرة التى أضافها إلى القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ على ذلك العقد ، لثبوت تاريخه من قبل نفاذه ، مما حجبه عن بحث ما افترضه المشرع من صورية العقد ، والتصدى لبيان جديته .. فإنه يكون فضلاً عن مخالفته للقانون معيبًا بالقصور مما يتوجب نقضه .

(نقض ٢٢ / ١١ / ١٩٨١ - طعن رقم ١٥١٨ لسنة ٤٨ ق)

تعليق :

المبادىء التى قررها هذا الحكم تسرى فى ظل القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ لأنه تضمن ذات المبادىء .

٢ - الشركات التى تقوم بين الأصول والفروع والأزواج . وجوب ربط الضريبة باسم الأصل أو الزوج . م ٤١ من القانون رقم ١٤ لسنة

١٩٣٩ المعدل بالقانون ٧٨ لسنة ١٩٧٣ ، مؤداه . قيام قرينة قانونية على صورية الشركة . لصاحب الشأن إثبات عسكها . محاسبة المطعون ضدها على أساس قيام شركة بينهما فى السنوات السابقة لا يصلح بذاته دليلاً على جدية الشركة .

(نقض ١١ / ٦ / ١٩٨٤ - طعن رقم ٨٥١ لسنة ٥٠ ق)

الحالة الثانية :

قد يكون الشخص ممنوعًا من القيام بالأعمال التجارية كموظف الحكومة أو القطاع العام ، فيمتنع عليه مزاولة أى عمل إلا بموافقة الجهة الإدارية التى يتبعها فإذا أراد تكوين عقد شركة مع شخص آخر فإنه يحرر عقدًا صوريًا يدخل فيه أحد أقاربه أو زوجته أو أحد أصدقائه وهذا العقد فى حقيقته عقد صورى صورية نسبية ، لأن هو الشريك الفعلى ، ولكنه استتر وراء من ادخله فى الشركة ممن تقدم ذكرهم .

وقد يحرر هذا الشريك المستتر ورقة ضد مع من قدمه كشريك ، وقد لا يحررها استنادًا إلى الثقة بينهما أو لوجود مانع أدبى ، ومثل هذا العقد يخضع إثبات صوريته بالنسبة للمتعاقدين الظاهرين أو المستترين أو بالنسبة للغير للقواعد العامة التى سبق شرحها فى بيان إثبات الصورية .

حالة ثالثة - البيع بالجدك :

نصت المادة ٥٩٤ / ٢ من القانون المدنى على أنه : .. ومع ذلك إذا كان الأمر خاصًا بإيجار عقار انشئ به مصنع أو متجر واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع أو المتجر جاز للمحكمة بالرغم من وجود الشرط المانع أن تقضى بإبقاء الإيجار إذا قدم المشترى ضمانًا كافيًا ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق .

ونصت المادة ٢٠ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ - الذى نفذ اعتبارًا من ١٩٨١/٧/٣١ - وهو نص مستحدث معدل ومكمل لنص المادة ٥٩٤ / ٢ مدنى على أنه « يحق للمالك عند قيام المستأجر فى

الحالات التى يجوز له فيها بيع المتجر أو المصنع أو التنازل عن حق الإنتفاع بالوحدة السكنية آو المؤجرة لغير أغراض السكنى الحصول على ٥٠٪ من ثمن البيع أو مقابل التنازل بحسب الأحوال بعد خصم قيمة المنقولات التى بالعين وعلى المستأجر قبل إبرام الإتفاق إعلان المالك على يد محضر بالثمن المعروض . ويكون للمالك الحق فى الشراء إذا أبدى رغبته فى ذلك وأودع الثمن مخصومًا منه نسبة ٥٠٪ المشار إليها خزانة المحكمة الجزئية والواقع فى دائرتها العقار إيداعا مشروطاً بالتنازل عن عقد الإيجار وتسليم العين وذلك خلال شهر من تاريخ الإعلان وبانقضاء ذلك الأجل يجوز للمستأجر أن يبيع لغير المالك مع التزام المشترى بأن يؤدى للمالك مباشرة نسبة ٥٠٪ المشار إليها » .

ويشترط لتوافر البيع بالجدك عدة شروط : –

١ – أن يكون قد أنشىء فى العين المؤجرة محل البيع متجرًا أو مصنعًا .

٢ – أن يكون المستأجر مضطرًا إلى النزول إلى الغير عن متجره أو مصنعه .

٤ – تقديم المشترى تأمينات كافية .

ولمحكمة الموضوع سلطة تقدير توافر عناصر الجدك ، وهى مسألة واقع ، ولكن تكييفها لذلك مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض .

ومن صور الصورية فى هذه الحالة تحايلًا على هذا النص ، فإن المستأجر كثيرًا ما يلجأ إلى تكوين عقد شركة صورى بينه وبين الشخص الذى اتفق معه على أن يبيعه العين بالجدك ، وذلك لكى يفلت من سداد نصيب المالك فى ثمن البيع ، ويقوم المتعاقدان بإثبات عقد الشركة طبقًا لما نص عليه القانون ويتخذا اجراءات شهرها ، وبعد فترة معينة يحرر الطرفان عقد تخارج بمقتضاه يتخارج فيه المستأجر الأصلى ، ويظل الشريك الصورى وحده فى المحل .

ففى هذه الحالة يجوز للمؤجر أن يثبت أن عقد الشركة فى حقيقته عقد صورى قد قصد به التحايل على حقة فى تقاضى نصف ثمن البيع بالجدك . ويجوز له إثبات هذا بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن .

أحكام النقض :

١ - لئن كان للمتعاقدين حرية تحديد العناصر التى يتركب منها المتجر الذى يجريان عليه التعاقد ، إلا أن لمحكمة الموضوع سلطة الفصل فيما إذا كانت العناصر المعروضة عليها كافية لوجود المتجر غير متقيدة فى هذا الشأن بما يقررانه أو بالوصف الذى يضفيانه على التعاقد ، ولها فى سبيل التعرف على حقيقة العقد والتحرى عن قصد المتصرف فى تقدير الأدلة والقرائن المقدمة فى الدعوى واستخلاص ما تقتنع به متى كان استخلاصها سائغاً متفقًا مع الثابت بالأوراق .

(نقض ١٨ / ٤ / ١٩٨١ طعن رقم ٦٤٤ لسنة ٥٠ ق)

٢ - من حيث أنه متى كان ا لحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه عليه بقوله . أن عين النزاع كانت تستغل فى تفصيل الملابس ، وهو بلا ريب من الأعمال المهنية التى تعتبر فيها شخصية المستأجر الأصلى ، ومن ثم فإن المحكمة ترى أن بيع العين موضوع التداعى إنما يعتبر تحايلًا من جانب ورثة المستأجر ، ومن ثم لا ينسحب عليها الحماية الإستثنائية المقررة فى القانون .

(نقض ٢٥ / ٢ / ١٩٨١ - طعن ٢٦٠ لسنة ٤٦ ق)

٣ - إبقاء الإيجار نافذا فى حق المؤجر لصالح مشترى الجدك مناطه أن يكون هذا البيع قد توافرت فيه الشروط المنصوص عليها فى المادة ٥٩٤ من التقنين المدنى ومن بينها قيام ضرورة تقتضى أن يكون المستأجر مضطرًا بحكم الواقع وإذعانًا للظروف المحطية به إلى بيع متجره للغير ، فإن تخلف أى من هذه الشروط كان هذا البيع بالنسبة للمؤجر مجرد تنازل عن الإيجار لا ينفذ فى حقه إلا باجازته ولا يغنى عن ذلك مجرد علمه بهذا البيع .

(نقض ١٨ / ٤ / ١٩٨٥ طعن رقم ١٠٤٣ لسنة ٥٢ ق ، نقض ٦ / ١٢ / ١٩٧٨ سنة ٢٩ ص ١٨٥٨ ، نقض ٢٢ / ٢ / ١٩٧٨ سنة ٢٩ ص ٥٥٨) .

٥ - الصورية فى بيانات الكمبيالة :

قد تصدر الكمبيالة مستوفاة لجميع الشروط الشكلية والموضوعية ، إلا أنها مخالفة للحقيقة ، أى تخفى وراءها السبب الحقيقى أو الدافع إلى عقدها ، والأمثلة على صورية البيانات كثيرة . كذكر تاريخ لإنشاء الكمبيالة مخالف للتاريخ الحقيقى ، أو ذكر مبلغ غير المبلغ المتفق عليه بين اطرافها ، أو تحرر الكمبيالة لإسباب غير الموضحة بها أو يوقع الكمبيالة شخص غير ساحبها الحقيقى إلى غير ذلك من البيانات التى تدرج بالورقة التجارية .

والصورية فى ذكر البيانات المدونة بالكمبيالة لا أثر لها على صحة الكمبيالة كمبدأ عام . اذ المفروض هو صحة البيانات المذكورة فى الصك حتى يقوم الدليل على عسكها فإذا كان هناك مصلحة لأحد فى إظهار صورية بعض أو كل البيانات المدونة بصك الكمبيالة كان عليه أن يثبت هو حقيقة البيانات التى يدعى بصوريتها بكافة طرق الإثبات .

وقد تعرض المشرع التجارى إلى حالتين فقط من حالات الصورية وذلك فى المادة ١٠٨ منه وهى حالة تغيير الحقيقة فى الإسم والصفة وذلك بقوله : -

« والكمبيالات التى فيها على غير الحقيقة اسم أو صفة تعتبر سندات عادية ولا يجوز لمن علم بذكر شىء من ذلك على غير الحقيقة أن يحتج به على الغير الذى لم يُخبر به »

ويفهم من هذا النص أن ذكر بيان مخالف للحقيقة بالنسبة للأسم أو الصفة يجعل الصك معيبًا ، أى كمبيالة باطلة ويتحول إلى سند مدنى أو ورقة شبيهة بالأوراق التجارية وذلك على التفصيل التالى : -

أن تخلف أحد الشروط الإلزامية فى الكمبيالة يؤدى إلى تحول الكمبيالة إلى عدة أمور منها :

الأول : أن تتحول إلى سند مدنى .. وذلك اذا تخلف أحد شروط الكمبيالة الإلزامية مثل شرط الأمر وبيان تاريخ الإنشاء أو ميعاد الإستحقاق أو عبارة وصول القيمة ومع ذلك تضمنت الشروط اللازمة

لصحة الإلتزام ، فإنها وأن تفقد صفتها التجارية إلا أنها تصبح سندًا مدنيًا عاديًا خاضعًا لإحكام القانون المدنى ويتداول هذا الصك بالطرق المدنية ، ويخضع عند تنازل الحق الثابت به لإجراءات الحوالة المدنية ويجوز التمسك فى مواجهة المحال إليه بالدفوع التى يجوز توجيهها للمحيل ، ويجوز إعطاء المدين مهلة للوفاء بدينة الثابت بالصك ، كما لا يتقادم هذا الحق بالتقادم الخمسى ولا يلتزم الموقعين على الصك على وجه التضامن إلى غير ذلك من الأحكام العامة المنصوص عليها فى القانون المدنى .

كذلك تتحول الكمبيالة إلى مجرد سند عادى إذا كانت البيانات الإلزامية المدونة على درجة غير كافية من الوضوح ، كما إذا كان المبلغ غير قابل للتحديد أو استندت الكمبيالة فى تحديده إلى وقائع خارجة عنها أو ذكر بها عدة تواريخ سحبها أو تعددت مواعيد الاستحقاق .

الثانى : تحول الكمبيالة إلى سند مدنى قابل للتداول بالطرق التجارية .. وذلك إذا تضمنت الكمبيالة الباطلة الشروط اللأزمة لصحة الإلتزام بالإضافة إلى شرط الأمر فهى تصبح قابلة للتداول بالطرق الجارية وهى التظهير أو المناولة دون إتباع اجراءات الحوالة المدنية .

الثالث : تحول الكمبيالة الباطلة إلى سند إذنى :

تتحول الكمبيالة الباطلة لتخلف شرط من الشروط الإلزامية إلى سند إذنى إذا توافر فى الصك شروط هذا السند ويتحقق ذلك عندما يخلو الصك من إسم المسحوب عليه أو يسحب المحرر كمبيالة على نفسه فتتحد صفة الساحب والمسحوب عليه ويتضمن الصك شخصين فقط مدين (الساحب) ودائن (المستفيد) ففى هذه الحالة تبطل الورقة باعتبارها كمبيالة وتتحول إلى سند إذنى .

الرابع : تحول الكمبيالة الباطلة إلى ورقة شبيهة بالأوراق التجارية :

تتحول الكمبيالة الباطلة إلى ورقة شبيهة بالأوراق التجارية إذا كتبت بين تجار أو لأعمال تجارية . والمقصود بعبارة .. وتعتبر مثل الأوراق التجارية » أن تتضمن الكمبيالة المعيبة شروط صحة الإلتزام ، علاوة على توافر الخصائص المميزة للأوراق التجارية ، كتضمنها شرط الأمر وكفايتها بذاتها لإيضاح عناصر الحق المثبت بها ، وأن تكتب بين تجار

أو لإعمال تجارية . وترتب هذه الكمبيالة الشبيهة بالأوراق التجارية بعض أثار الإلتزام العرفى وهى جواز تداولها بالتظهير مع ما ينشأ عن هذا التظهير من آثار وفقًا لقانون الصرف كضمان الوفاء وتضامن الملتزمين وتطهير الدفوع .

ويتضح من نص المادة ١٠٨ أن البطلان للصورية لا يتعلق بصحة الكمبيالة ذاتها ، حيث تقضى الفقرة المشار إليها بعدم الإحتجاج بهذا البطلان على الغير الذى لا يعلم الصورية .

ومعنى ذلك أن الدفع بالبطلان للصورية وفقًا لنص المادة ١٠٨ تجارى من الدفوع التى يطهرها التظهير ويقتصر أثرها على من يعلم بها فلا يحتج بها فى مواجهة الحامل حسن النية شأنها فى ذلك شأن باقى الدفوع التى تترتب على العلاقات الصرفية التى تنشأ بمناسبة الكمبيالة .

وبناء على ذلك إذا ذكر بيان من بيانات الكمبيالة على غير الحقيقة فإنه لا يجوز للساحب أو المستفيد الأول أن يحتج بصورية هذا البيان فى مواجهة الحامل حسن النية وتعتبر الكمبيالة صحيحة . ومما يؤكد عدم بطلان الكمبيالة بسبب ذكر بيان صورى أن المشرع التجارى ذاته أباح الصورية فى إحدى الحالات التى تعتبر من أكثر الحالات إنتشارًا ووقوعًا فى الحياة العملية وهى حالة سحب الكمبيالة عن طريق وكيل بالعمولة أى أن هذا الأخير يكون الساحب الظاهر ويخفى حقيقة الساحب الأصلى ، ففى هذه الحالة توجد الصورية فى اسم الساحب .

على أنه قد تكون الصورية فى بيانات آخرى خلاف الأسم أو الصفة ، كما إذا ذكر تاريخ التحرير على غير الحقيقة فلا يترتب على ذلك بطلان الكمبيالة إذ أن الشكل القانونى للصك متوافر طالما ذكر به تاريخ للتحرير ويخضع بالتالى لإحكام قانون الصرف .'

كذلك الحال إذا ذكر بصك الكمبيالة مبلغ مخالف للمبلغ المتفق عليه فإن هذه الصورية لا تبطل الكمبيالة وتظل رغم ذلك خاضعة لإحكام قانون الصرف ، ولا يجوز التمسك بهذه الصورية فى مواجهة الحامل حسن النية ولكن يجوز التمسك بها فى مواجهة من يعلم بها .

ولكن يلاحظ آن هذا المبدأ يقتصر آثره فى حالات الصورية التى

لا تخفى وراءها حقيقة غير مشروعة . بمعنى أنه إذا كانت الصورية فى ذكر البيانات بصك الكمبيالة تتضمن تحايلاً غير مشروع أى تخفى حقيقة باطلة لمخالفتها النظام العام أو الأداب ، فإنها لا شك تعتبر باطلة لبطلان التصرف كما إذا كان سببها غير مشروع ، ولكن لما كانت الكمبيالة باعتبارها ورقة تجارية تخضع لقواعد قانون الصرف فإنه لا يجوز التمسك بهذا البطلان فى مواجهة حامل الورقة حسن النية وفقًا لقاعدة تطهير الدفوع التى تترتب على تظهير الورقة التجارية ويقتصر أثر البطلان على أصحاب العلاقة الأصلية للتصرف .

واذا كان البيان الصورى غير المشروع مما لا يطهره التظهير كما هو الشأن فى حالة إخفاء نقص الأهلية ، فإنه يجوز لناقص الأهلية التمسك بهذه الصورية فى مواجهة الحامل حسن النية .

(القانون التجارى . الدكتورة سميحة القليوبى ط ١٩٧٨ ص ٤٧ - ٦٠)

أحكام النقض :

من حيث ان الاوراق المشتبهة بالكمبيالة - ولكن لا تعد كمبيالة لعوار فيها - حكمها انها ان كانت مستوفية العناصر اللازمة لذلك تكون سندات عادية خاضعة لاحكام القانون المدنى الا ان تكون صادرة بين تجار أو لاعمال تجارية فإنها حينئذ تعتبر اوراقا تجارية طبقاً لنص المادة ١٠٨ من قانون التجارة ، اى تجرى عليها احكام القواعد العامة للاوراق التجارية مثل سريان التقادم الخمسى والتداول بطريق التظهير وعدم الاحتجاج على حاملها بالدفوع التى للمدين على المظهرين السابقين دون الاحكام الاخرى للكمبيالة مثل عمل البروتستو وضمان الوفاء بطريق التضامن فى حق ساحبها والمسحوب عليه والمحيل وما لحاملها من الحقوق وماعليه من الواجبات .. الخ فانها خاصة بالكمبيالة الصحيحة ولا يمكن بداهة ان تسرى على تلك الاوراق التى ليست كمبيالات فى عرف القانون . (نقض جلسة ٢ يناير سنة ١٩٤٧ - المجموعة الرسمية س ٤٧ ص ٢٤٩) .

تعليق : صدر هذا الحكم فى شيكات مستحقة الدفع لا عند الاطلاع بل فى يوم معين بالذات مما يرفع عنها وصف الشيكات ، ثم انها وان

كانت مشتبهة بالكمبيالة فانها لخلوها من ذكر وصول القيمة لا يمكن عدها كمبيالات ولا سندات اذنية تجارية .

٦ - الصورية فى الشيك :

من المقرر ان الشيك يتعين ان يحمل تاريخاً واحداً ، فاذا حمل تاريخين فانه يفقد صفته كاداة وفاء ويعتبر اداة ائتمان ، واذا لم يحمل تاريخاً يعتبر ايضاً اداة وفاء ويكون تاريخ استحقاقه هو تاريخ تقديم الشيك للبنك المسحوب عليه ، وقد يتفق الساحب والمستفيد على اعطاء الشيك تاريخاً واحداً صورياً تالياً لتاريخ تحريره ، كما اذا كان قد حرر فى ١٩٨٥/٣/١ الا ان الساحب والمستفيد اعطياه تاريخ ١٩٨٥/٦/١ فهل يجوز للمستفيد ان يطعن بالصورية على تاريخ الشيك ؟؟؟

- فى تقديرنا انه يجب التفرقة بين رفع الدعوى المدنية امام المحكمة المدنية واقامة الدعوى الجنائية ، ففى الحالة الاولى فان الطعن بصورية التاريخ يكون غير منتج طالما ان الساحب وهو الملزم بسداد المبلغ المبين به سواء بصفته شيكاً أو ورقة مديونية عادية .. وفى الحالة الثانية فان الطعن بالصورية يكون كذلك غير منتج لان اعطاء الشيك تاريخاً واحداً لاحقاً للتاريخ الذى تحرر فيه معناه انصراف نية الساحب والمستفيد على أن يكون اداة وفاء وعلى استحقاقه فى هذا التاريخ .

- وبذلك تكون اركان جريمة اعطاء شيك بدون رصيد متوافرة فى الدعوى رغم الدفع بالصورية طالما انه لا يحمل الا تاريخاً واحداً .

الفصـل السادس

الصـورية فى عقد العمل

كانت المادة السادسة من قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ (والذى حل محله القانون ١٣٧ لسنة ١٩٨١) تنص على انه « يقع باطلاً كل مصالحة او ابراء عن الحقوق الناشئة عن عقد العمل خلال سريانه أو خلال شهر من تاريخ انتهائه اذا كانت تخالف احكام هذا القانون » .

والأصل فى القواعد الآمرة انه اذا كانت مرتبة لحقوق مالية فانه يجوز النزول عن هذه الحقوق والتصالح عليها ، غير ان المشرع استشعر ضعف مركز العامل قبل رب العمل خاصة خلال فترة سريان العقد ، فحدوث التنازل أو التصالح خلال هذه الفترة يكون مشوباً غالباً بشبهة الاستغلال من صاحب العمل للعامل خاصة وانه يوجد تحت تبعية قانونية واقتصادية لا تجعل ارادته حرة تماماً وشبهة الاستغلال تتحقق كذلك بعد انتهاء عقد العمل مباشرة .. فالعامل فى هذه الفترة قد يمر بمرحلة تعطل ويحتاج فيها الى حقوقه الثابتة قبل رب العمل وقد يرتضى ان يتنازل او يتصالح فى سبيل اقتضاء ماتبقى له عاجلاً مفضلاً ذلك على اقتضائها كاملة بعد فترة زمنية قد تطول ، ودفعها لشبهة هذا الاستغلال المحتمل الوقوع قضى المشرع ببطلان الابراء والتصالح الذى يجريه العامل عن حقوقه قبل رب العمل خلال مدة سريان العقد أو خلال شهر من تاريخ انتهائه .

فالنزول اذا تم قبل انتهاء عقد العمل أو خلال شهر من هذا الانتهاء انما يحدث غالباً عن طريق المخالصة التى يحصل عليها رب العمل من العامل – فاذا ثبت ان هذه المخالصة قد صدرت بعد ان نزل العامل عن حقوقه كلها أو بعضها فانها تعد باطلة على ان يقع على العامل عبء اثبات هذا النزول فتعتبر صورية ويجوز فيها الاثبات بكافة الطرق .

واذا كانت المادة الرابعة من القانون ١٣٧ لسنة ١٩٨١ لا تتضمن حكماً مماثلاً للفقرة الثالثة من المادة السادسة للقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ فان هذا لا يفهم منه ان المشرع قد عدل عن موقفه الثابت ف القانون الملغى .. بحيث اصبح الصلح او الابراء أو المخالصة تخضع للقواعد العامة حيث يمكن الاستناد الى عموم نص المادة الرابعة من القانون الجديد والتى تقضى بأن « يقع باطلاً كل شرط يخالف احكام هذا القانون » . « عقد العمل للدكتور رمضان ابو السعود ط ١٩٨٣ ص ٤١٧ ».. وعلى ذلك اذا حرر العامل - بعد انتهاء عقد العمل - مخالصة تتضمن استلامه جميع حقوقه من رب العمل حالة انه لم يتسلمها او لم يتسلم الا جزء منها فان يجوز له ان يرفع دعوى للمطالبة بباقى حقوقه فاذا قدم رب العمل المخالصة جاز له ان يطعن عليها بالصورية المطلقة أو بالنسبية ويجوز له اثبات الصورية بكافة طرق الاثبات القانونية بما فيها شهادة الشهود وقرائن الاحوال .

كذلك يجوز للعامل اثناء سريان عقد العمل ان يطالب بحقوقه الناشئة عن العقد كالاجر واجازاته أو مقابلها حتى ولو كان قد حرر على نفسه مخالصة بالحصول عليها ، اذ يجوز له اثبات صورية هذه المخالصة بكافة الطرق على النحو السالف .

والتصريح للعامل بجواز اثبات الصورية بالبينة والقرائن ف الحالات المتقدمة فيه خروج على القواعد العامة ف الاثبات والتى تقضى بعدم جواز اثبات مايخالف الثابت بالكتابة بغير كتابه .

الفصل السابع

عقد الوكالة

العقود الصورية التى تفرغ فى عقد وكالة :

الوكالة كما عرفتها المادة ٦٩٩ من القانون المدني عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بان يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل وطبقاً لنص هذه المادة فان اهم مايميز الوكالة ان يكون محلها دائماً تصرفا قانونياً وهذا التصرف القانونى يقوم به الوكيل لحساب الموكل وليس معنى ذلك ان يقوم به الوكيل حتماً باسم الموكل وان كان هذا هو الغالب بل يصح ان يقوم به باسمه الشخصى كما يقع فى الاسم المستعار أو المسخر فهو يشترى باسمه ما وكل فى شرائه ثم ينقله بعقد جديد الى الموكل وكذلك فى حالة السمسار والوكيل بالعمولة فيقوم كل منهما بشراء الشيء باسمه ولكن لحساب عميله ثم ينقله الى العميل بعقد جديد الا انه يتعين دائماً ان يعمل الوكيل لحساب الموكل لا لحسابه الشخصى .

ويحدث كثيراً فى العمل ان ترد الصورية على عقد الوكالة كما فى الحالات . الآتية :

الحالة الاولى :

حالة مالك السيارة التى يبيعها لاخر ويحصل منه على مقدم الثمن ويتفق معه على سداد الباقى اما دفعة واحدة أو على اقساط وضماناً لاستيفاء حقه لا يحرر للمشترى عقداً ببيع السيارة حتى لا يمكنه من نقل ملكيتها وبالتالى رخصتها اليه قبل سداد باقى الثمن وانما يحرر له عقد وكالة يتضمن توكيله له فى تشغيل السيارة اما بنفسه أو بواسطة غيره ، وحقه فى تجديد رخصة تسييرها باسم الموكل ايضاً وهذا العقد الظاهر يخفى عقداً مستتراً هو عقد البيع ، ويجوز للموكل فى العقد

الظاهر ان يثبت العقد المستتر ولكنه لا يستطيع اثباته الا بالكتابة أو مايقوم مقامها كالاقرار واليمين ، كما يجوز له اثباته اذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة كما اذا كان بائع السيارة قد سلمه ايصالاً بسداد جزء من الثمن أوقسط من اقساطه فيجوز له تكملة هذا الدليل بشهادة الشهود والقرائن ويجوز للغير ان يثبت صورية عقد الوكالة وحقيقة عقد البيع بجميع طرق الاثبات القانونية ومنها شهادة الشهود والقرائن على النحو السالف بيانه عند شرح حق الغير فى اثبات العقد المستتر .

الحالة الثانية :

ان يكون مالك السيارة قد استوردها من الخارج وطبقاً لقانون الجمارك لا يجوز له التصرف فيها الا بعد انقضاء فترة معينة من تاريخ استيرادها كما ان ادارة المرور لا تقبل نقل رخصتها الى المتصرف اليه ورغبة منه فى بيعها يتفق مع المشترى على تحرير عقد وكالة صورى يوكله فيه بتشغيلها بنفسه أو بواسطة غيره وحقه فى استخراج ترخيص تسييرها لا باسمة ولكن باسم المستورد ، فى هذه الحالة يجوز لمصلحة الجمارك باعتبارها من الغير - اذا اختارت الالتجاء للطريق المدنى - ان تثبت بطرق الاثبات كافة ومنها البينة وقرائن الاحوال حقيقة العقد المستتر وان عقد الوكالة يخفى عقد بيع .

واذا مضت المدة المحظور فيها التصرف فى السيارة ورغم ذلك امتنع البائع عن تحرير عقد بيع للمشترى فهل يجوز للمشترى ان يثبت عقد البيع بغير الدليل الكتابى باعتبار ان هناك تحايل على القانون ..

فى تقديرنا انه لا يجوز له ذلك لان اثبات العقد بغير الدليل الكتابى - فى حالة الاحتيال على القانون - قاصر على من كان الاحتيال موجهاً ضد مصلحته وهو فى هذه الحالة مصلحة الجمارك اما المشترى فلم يكن الاحتيال موجهاً اليه وبالتالى فلا يجوز له الاثبات بغير الكتابة فيتعين عليه ان يقوم بتقديم ورقة ضد لاثبات العقد المستتر ، وكذلك يجوز له ان يستند الى الاقرار واليمين الحاسمة ومبدأ الثبوت بالكتابة ويكمله بالبينة والقرائن .

الحــالة الثالثــة :

ان يداين شخص اخر بعقد قرض أو أى عقد ورغبة منه فى اعنات المدين خوفاً من مماطلته فى السداد يحرر معه عقد وكالة بالمجان يقر فيه المدين انه استلم المبلغ على سبيل الوكالة لتوصيله لشخص ثالث فاذا تاخر المدين فى سداد مبلغ القرض تقدم الدائن بالعقد للنيابة لاقامة الدعوى الجنائية أو اقام ضدد دعوى مباشرة بتهمة تبديد مبلغ تسلمه على سبيل الوكالة كما قد يلجا الدائن الى المحكمة المدنية مطالباً المدين بالمبلغ المحدد فى العقد الظاهر فهل يجوز للمدين ان يثبت حقيقة العقد بغير دليل كتابى ..

فى تقديرنا انه يجب التفرقة بين حالتين الحالة الاولى ان يرفع الدائن دعوى مدينة يطلب فيها المبلغ الذى استلمه منه المدين فى عقد الوكالة الظاهر ، فان المدين لا مصلحة له فى الطعن على العقد بالصورية اذ الطعن غير منتج لانه سواء كان سبب العقد هو القرض أو الوكالة فانه ملزم بسداد المبلغ فى الحالين ، والحالة الثانية ان يلجا الدائن الى رفع دعوى مباشرة ضد المدين أو أن تقدمه النيابة العامة الى محكمة الجنح بتهمة التبديد .. لاشك فى ان المحكمة الجزائية لا تتقيد بأى دليل فى سبيل اثبات التهمة أو نفيها فيجوز لها ان تهدر دليلاً كتابيا كما ان لها ان تستند فى حكمها على قرينة أو أكثر ، فيجوز لها ان تقضى بالبراءة اذا ثبت ان الشخص الذى التزم الوكيل – فى العقد الظاهر – بتسليم المبلغ اليه يقيم فى نفس المدينة التى يقيم فيها الموكل ولم يقدم الاخير مبرراً لأن يوكل المتهم فى توصيل المبلغ أو اذا تبين لها تعذر تواجد المرسل اليه المبلغ فى المكان المدعى بارسال المبلغ اليه فيه ، أو اذا اتضح لها ان المتهم لا يتردد على المكان الذى يقيم فيه المرسل اليه ولا مصلحة له فى ارتياده أو أنه حتى يصل اليه يتكبد نفقات كثيرة أو اذا تحقق لها ان الموكل كان بستطيع الوصول بسهولة الى المرسل اليه وقت تحرير العقد .

الفصل الثامن

العقود الصورية التى تفرغ فى عقد وديعة

الوديعة كما عرفتها المادة ٧١٨ من القانون المدنى « عقد يلتزم به شخص ان يتسلم شيئاً من آخر ، على ان يتولى حفظ هذا الشيء وعلى ان يرده عيناً » ومؤدى هذا النص انها عقد رضائى لانها تتم بمجرد توافق الايجاب والقبول دون حاجة الى شكل خاص ولايشترط فى انعقادها تسليم الشيء المودع الى المودع عنده اذ ان تسلم الشيء المودع ليس ركناً فى الوديعة بل هو التزام فى ذمة المودع عنده بعد ان تنعقد الوديعة وتتميز بانها عقد يلتزم به المودع عنده التزاماً اساسياً بحفظ الشيء المودع فلا تنعقد الوديعة اذا لم يكن هناك التزام عقدى بالحفظ كما اذا ترك الشيء صاحبه عند آخر لم يلتزم صراحة أوضمنا بحفظه ، وتختلف الوديعة عن القرض فى انها لا تنقل ملكية الشيء ولايجوز استعماله ويجب رده بالذات .. اما القرض فينقل ملكية الشيء على ان يرد مثله .

ومن امثلة الصورية التى ترد على عقد الوديعة ان يداين شخص أخر بمقتضى عقد قرض او عقد بيع او أى عقد أخر وخشية من تاخر المدين فى الوفاء وتعنته فى السداد فانه يسلط على رقبته سيف المحاكمة الجنائية والعقاب فيحرر معه عقد وديعة صورى يتضمن استلام المدين منه مبلغ محدد أو مصوغات يبينا اوصافها وقيمتها ويلتزم بالمحافظة على الشيء المودع ورده فى الوقت الذى يطلبه الدائن فاذا ماطل المدين فى سداد الدين فان الدائن يتقدم ضده بشكوى للنيابة العامة ينسب اليه فيها التبديد كما يجوز له ان يحرك ضده الدعوى الجنائية بالطريق المباشر .. كذلك فقد يختار الطريق المدنى بدلاً من الجنائى ويقيم ضده دعوى يطالبه فيها بالمبلغ أو المصوغات المبينة فى عقد الوديعة فهل يجوز للمدين آنذاك أن يثبت صورية العقد الظاهر ؟

الرأى عندنا انه يجب التفرقة فى هذا الصدد بين ادلة الاثبات فى

الدعوى الجنائية وادلة الاثبات فى الدعوى المدنية فبالنسبة للدعوى الجزائية فان المحكمة لا تتقيد بدليل كتابى فى اثبات الجريمة أوتبرئة المتهم منها فيجوز لها الا تاخذ بدليل كتابى صادر من المتهم اذا ايقنت انه غير صحيح ، وعلى ذلك اذا دفع المتهم بان عقد الوديعة عقد صورى يخفى عقد قرض أو يخفى ديناً آخر وتبين للمحكمة من مناقشة المودع انتفاء المبرر لايداعه الشيء المودع لدى المتهم لانه لم يسافر ولم يبرح مسكنه ولعدم وجود صلة قرابة أو صداقة أو مودة بينه وبين المتهم ولانه تبين للمحكمة وجود معاملات مدنية أو تجارية بينهما معاصرة لعقد الوديعة أو غير ذلك من القرائن فانه يحق للمحكمة فى جميع هذه الحالات ان تقضى ببراءة المتهم رغم ان عقد الوديعة ثابت بالكتابة اذ لا يجوز تأثيم شخص بناء على اقراره اذا ثبت انه يخالف الحقيقة والواقع .

واذا اختار الدائن الطريق المدنى واقام دعوى يطالب فيها برد الوديعة أو قيمتها فان المدين يتقيد فى نفى عقد الوديعة بالدليل الكتابى فلا يجوز له ان يثبت صوريته الا بورقة ضد أو مايقوم مقام الكتابة كاليمين الحاسمة أو الاقرار أو مبدأ ثبوت بالكتابة يكمل بشهادة الشهود .

واذا اقامت النيابة الدعوى الجنائية ضد المدين ولم ينتظر الدائن صدور حكم فيها واقام دعوى امام القضاء المدنى يطلب فيها رد الوديعة أو قيمتها فانه بتعين على المحكمة المدنية وقف الدعوى حتى يفصل القضاء الجزائى فى الدعوى المرفوعة عن جريمة التبديد . لان اساس الدعويين المدنية والجنائية مشترك وهو عقد الوديعة .

واذا اصدرت المحكمة الجنائية حكماً ببراءة المتهم واسسته على انه ثبت لديها ان عقد الوديعة صورى ولايمثل الحقيقة فان هذا الحكم يقيد القضاء المدنى لانه نفى وجود عقد الوديعة ويتعين على المحكمة المدنية ان تقضى برفض الدعوى .

الفصل التاسع

الصورية فى عقد الزواج

الزواج معناه الازدواج والاقتران والارتباط وقد حث الدين على هذا الارتباط لقوله تعالى « ومن آياته ان خلق لكم من انفسكم ازواجاً لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة ، ان ذلك لآيات لقوم يتفكرون » .

وقوله تعالى « والله جعل لكم من انفسكم ازواجاً وجعل لكم من ازواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات ، أفبا لباطل يؤمنون وبنعمة الله هم يكفرون »

وقوله صلى الله عليه وسلم « اذا تزوج العبد فقد استكمل نصف دينه ، فليتق الله فى النصف الآخر » .

ومن شروط الزوجية ان تكون مؤبدة غير مؤقتة بوقت والزواج من مقاصِده التناسل وتعهد الولد بالتربية وتأقيت الزواج يدل على انه قصد به المتعة دون الولد ، وقد ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن زواج لا يقصد به الا المتعة .

ويجب ان يأخذ العقد صورة جدية لقوله صلى الله عليه وسلم « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة » .

فالجدية واجبة لقوله تعالى « ولئن سالتهم ليقولن انما كنا نخوض ونلعب قل أبا لله وأياته ورسوله كنتم تستهزئون ، ولأتعتذروا قد كفرتم بعد ايمانكم »

ففى هذا التشريع حمل الناس على احترام العلاقة الزوجية والضن بها عن مواضع عدم الجدية والعبث .

١ - زواج المحلل :

قال تعالى « الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان وقوله تعالى « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ، فان طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله »

فمن طلق امراته طلقة ثالثة فلا يحل له ان يتزوجها لا فى العدة ولابعدها حتى تتزوج زوجاً آخر زواجاً صحيحاً نافذاً ، ثم يطلقها أو يموت عنها ، وتنتهى عدتها .

فالطلاق البائن بينونة كبرى تحرم به المرأة على من طلقها تحريماً مؤقتاً فلا يجوز له ان يعقد عليها مرة اخرى الا بعد ان تتزوج برجل آخر زواجاً صحيحاً ويدخل بها دخولاً حقيقياً ثم تحصل الفرقة بينهما لسبب من اسباب الفرقة ، وتنقضى عدتها ، فاذا جاء رجل وتزوج المطلقة ثلاثاً ولم يكن غرضه من الزواج دوام العشرة ولا تكوين الاسرة كما هو المقصود من الزواج وانما غرضه تحليلها للزوج الاول فهل يكون هذا الزواج صحيحاً تترتب عليه اثاره التى منها اباحتها للزوج الاول .. أو ان يكون فاسداً لا يترتب عليه آثار الزواج الصحيح فلا تحل به لزوجها الاول ؟ أو بمعنى آخر هل يكون هذا الزواج صحيحاً ام هو صورى صورية مطلقة . ؟

اختلف الفقهاء .. .. ..

فقال الحنفية : ان التحليل اذ كان مقصوداً للعاقدين أو لاحدهما ولم يشترط فى عقد الزواج فان العقد يكون صحيحاً وتحل به المرأة للزوج الاول اذا دخل بها الزوج الثانى دخولاً حقيقياً ثم فارقها وانقضت عدتها منه ، لان العبارة قد صدرت خالية من العيب وهى المظهر الخارجى للعقد فيوجد بوجودها ولاعبرة بما وراءها من قصد ونية . اما اذا شرط التحليل فى العقد فقد إختلفت الروايات عند ائمة المذهب .

.. فروى عن ابى حنيفة ان العقد صحيح ، فاذا طلقها بعد الدخول الحقيقى وانقضت عدتها منه حلت للزوج الاول لان شرط التحليل من الشروط الفاسدة والزواج لايبطله الشروط الفاسدة ، بل يبطل الشرط وحده ويبقى العقد صحيحاً ، ولكنه يكون مكروهاً كراهية تحريمية بسبب

ذلك الشرط الذى قارفه للحديث الصحيح الوارد فى ذلك ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم (لعن الله المحلل والمحلل له) .

.. وروى عن ابى يوسف ان الزواج فاسد لانه فى معنى الزواج المؤقت فلا تحل به للزوج الاول ولو دخل بها الزوج الثانى ، وروى عن محمد ان الزواج صحيح ولكن لا تحل به للزوج الاول ، لأنه استعجل ماأخره الشرع فيعاقب بمنع مقصوده كما اذا قتل الوارث مورثه .

وقال الشافعية ان التحليل اذا لم يشترط فى العقد بل كان منوياً فقط ، أو شرط قبل العقد أو بعده فان العقد يكون صحيحاً ، فاذا دخل الزوج الثانى بالمرأة ثم فارقها لسبب من الاسباب حلت لزوجها الاول ، لأن العبارة صدرت سليمة من العيب وهى المظهر الخارجى للعقد فيوجد بوجودها ولاعبرة بما وراءها من النيات والمقاصد ، اما اذا اشترط التحليل فى العقد فان العقد لايصح ولاتحل به المرأة لزوجها الاول لان اشتراط التحليل من الشروط الفاسدة فاذا ذكر فى العقد اقتضى فساده والعقد الفاسد لاتحل به المطلقة ثلاثا لزوجها الاول حتى ولو دخل بها الزوج الثانى .

وقال المالكية والحنابلة ان زواج التحليل فاسد سواء كان التحليل مشروطاً فى العقد أو قبله أو بعده أم كان منوياً فقط فلا يجوز لمن فعله معاشرة الزوجة ولاتحل به لزوجها الاول بعد الطلاق .

والرأى الاخير هو الراجح لان الادلة تؤيده .

١ – عن ابن ماجه عن عقبة بن عامر انه صلى الله عليه وسلم قال : الا اخبركم بالتيس المستعار ؟ قالوا بلى يارسول الله : قال هو المحلل ، لعن الله المحلل والمحلل له . صدق رسول الله .

٢ – عن ابن عمر أنه سئل عن رجل تزوج مطلقة اخيه ثلاثاً ليحلها له من غير مؤامرة : هل تحل له ؟ قال لا ، الا بنكاحُ رغبة – كنا نُعِدّ هذا سفاحا علي عهد رسولَ الله صلى الله عليه وسلم .

٣ – روى ان امرأة ارسلت الى رجل فزوجته نفسها ليحلها لزوجها فأمره عمر ان يقيم معها ولا يطلقها . وتوعده بأنه يعاقبه إن هو طلقها ، فاذا رغب فيها فامسكها فلا بأس واذا طلقها حلت له .. ومما قاله عمر رضى الله عنه « لا أوتى بمحلل ولامحلل له الا رجمتهما » .

٤ – روى الشافعى واحمد والبخارى ومسلم عن عائشة رضى الله عنها انها قالت : جاءت امرأة رفاعة القرظى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : انى كنت عند رفاعة فطلقنى فبَتَّ طلاقى فتزوجنى عبد الرحمن بن الزبير وما معه الا مثل هدبه الثوب فتبسم النبى صلى الله عليه وسلم وقال : أتريدين ان ترجعى الى رفاعة ؟ لا حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك » والعسيلة كناية عن اقل مايقع من غشيان الرجل والمرأة .

والعمل الان يجرى فى هذه المسألة على الراجح من مذهب الحنفية وهو ان زواج التحليل تحل به المطلقة ثلاثا لزوجها الاول وان كان التحليل مشروطاً فى العقد .. غير أن العقد سواء اشترط فيه الاحلال ام نوى فقط لم يقصد به الدوام بل قصد به الاحتيال لاحلال المرأة لزوجها الاول على وجه تنقضى به المصلحة المقصودة شرعاً ، ولهذا لا ينبغى لمسلم ان يكون محللاً ولا محللاً له حتى لا تصيبه لعنة الله ، وقد قل التجاء الناس الى المحلل – الذى كان فاشياً – بعد أن جعل الطلاق الثلاث مجتمعة – طلقة واحدة .

راجع فيما تقدم :

١ – عيون المسائل الشرعية فى الاحوال الشخصية للاستاذ على حسب الله .

٢ – فرق الزواج فى المذاهب الاسلامية للاستاذ على الخفيف .

٣ – الفرقة بين الزوجين للاستاذ على حسب الله .

٤ – الاحكام الشرعية للاحوال الشخصية للاستاذ زكى الدين شعبان .

٥ – احكام الشريعة الاسلامية فى الاحوال الشخصية للاستاذ عمر عبد الله .

٢ - صورية المهر :

من صور الصورية التى ترد فى عقد الزواج مقدار ماسمى من مهر فيه والمهر – شُرع – لابانه شرف عقد الزواج واظهار خطره وهو

ما يقدمه الزوج لزوجته على أنه هدية لازمة وعطاء واجب على الزوج لزوجته .

والمهر ليس ركناً فى الزواج ولاشرطاً من شروطه ، بل هو حكم من احكامه المترتبة عليه بعد تمامه .

فلا يصح الاتفاق على إسقاطه ، فلو اتفق الزوجان على اسقاطه لا يصح هذا الاتفاق ولايسقط المهر .

ودليله الكتاب لقوله تعالى « وأتواالنساء صدقاتهن نحلة » .

وقوله تعالى « وقد علمنا ما فرضنا عليهم فى ازواجهم » .

وفى ايجاب الشارع المهر على الزوج لزوجته تقدير للمرأة وصيانة لكرامتها من الابتذال .

ولم يرد فى الكتاب أو السنة نص فى تقدير حد اعلى للمهر .. اما بالنسبة للحد الادنى فقدَّره فقهاء الحنفية بعشرة دراهم فضة وهى ماتعادل الجنيه المصرى فى هذه الايام .

ومن حالات الصورية فى المهر الحالتين الاتيتين :

الحالة الاولى :

ان يتفق الزوج والزوجة على مقدم المهر بمبلغ معين كخمسة آلاف جنيه مثلاً الا انهما يثبتان فى وثيقة الزواج ان المهر مائة جنيه فقط وذلك بقصد التهرب من رسوم التوثيق ، ولم تكن الزوجة قد قبضت هذا المبلغ اتفاقاً على قبضة قبل الدخول ثم يثور الخلاف بينهما وفقاً للقواعد العامة فان هذا العقد وان كان رسمياً الا ان البيانات التى اثبتها الموثق انما دوَّنها على لسان الزوجين وبالتالى يجوز اثبات ما يخالفها دون ماحاجة للطعن على العقد بالتزوير . وطبقاً للمادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تكون البينة على من ادعى التسمية واليمين علىُ من انكرها ، فاذا ادعت الزوجة بانْ مقدم مهرها اكثر مما اثبت فى الوثيقة كان عليها اثبات ذلك بشهادة ، الشهود ويجوز للزوج ان ينفى مااثبتته الزوجة بنفس الطرق .

الحـالة الثانيـة :

ان يكون العقد قد اثبت فيه ان الزوجة قد قبضت مقدم الصداق وتدعى بعد ذلك ان هذا الذى دوًن فى الوثيقة صورى وانها لم تقبض شيئاً أو انها قبضت جزءا منه فقط ، فيجوز للزوجة عملاً بالمادة ١٥ من القانون انف البيان ان تثبت انها لم تقبض المهر كله أو بعضه بشهادة الشهود وللزوج النفى بذات الطرق .

واباحة الاثبات بشهادة الشهود فى هاتين الحالتين دون التقيد بقواعد الاثبات المقررة فى قانون الاثبات من عدم جواز اثبات ما يخالف الثابت بالكتابة الا الكتابة يستند الى النص الخاص الذى ورد بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .. وقد افترض المشرع قيام المانع الادبى فى كثير من الاحيان فى مثل هذه الحالات وبالتالى يحول دون الحصول على دليل كتابى .

كذلك يجوز توجيه اليمين الحاسمة للزوج أو للزوجة على الواقعتين سالفتى الذكر ثم سماع الشهود بعد ذلك أو العكس وهذا بخلاف ماتقضى به القواعد العامة فى قانون الاثبات من انه لا يجوز سماع الشهود بعد حلف اليمين .

هل يجوز للغير ان يطعن بصورية عقد الزواج :

يحدث كثيراً ان يتزوج شخص بمستاجرة لشقة بعقد ايجار ، وحينئذ يحق له الاقامة مع زوجته .

فاذا اقام المؤجر دعوى بطرد الزوجة على سند من ان عقد الزواج عقد صورى وان المستاجرة قصدت به التحايل على احكام القانون بتنازلها عن عقد الايجار للزوج الصورى .. فى هذه الحالة رغم ان المؤجر له مصلحة فى الطعن بصورية عقد الزواج .. الا ان ، الصورية فى عقد الزواج لايجوز الدفع بها من الغير فى الاحوال التى تطبق فيها قواعد الشريعة الاسلامية لأنه ينعقد بايجاب وقبول حتى ولو قصد احد المتعاقدين عدم نفاذه عملاً بالقاعدة الشرعية ثلاث جدهن جد وهزلهن جد على النحو السالف شرحه . أما فى الحالات التى لا تطبق فيها قواعد

الشريعة الاسلامية وكانت ديانة الزوجين تبيح اثبات صورية عقد الزواج جاز للغير اثباتها بكافة الطرق .

تطبيقات المحاكم :

لما كانت اقامة المستأنف عليه الثانى مع زوجته المستانف عليها الاولى بالعين المؤجرة لها بموجب عقد ايجار مؤرخ ١ / ٣ / ١٩٦٣ هو انتفاع متفرع عن حق زوجته المستأجرة وتابع لها فى استمرارها فى شغلها طالما بقيت فيها لانه متى انعقد الزواج صحيحاً نافذاً ترتبت عليه جميع اثاره ومنها حق العشرة بين الزوجين وان تساكن الزوجة زوجها فى منزل الزوجية متى كان صالحاً للسكنى مثلها ، هذا فضلاً عن التوارث وحرمة المصاهرة وانتساب الاولاد اليهما وغير ذلك من الحقوق الخاصة سواء بالزوج أو الزوجة .

وحيث انه عن السبب الثانى فهو مردود ذلك ان عقد الزواج هو اهم العقود على وجه الاطلاق فى الحياة واخطرها شأناً فيه يحل بين الزوجين ماكان محرماً ، فهو يتصل بالاعراض وتتعلق به الانساب ، ومن المقرر طبقاً للحديث الشريف : ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق . يضاف الى ذلك ان محل عقد الزواج - وهو ليس من عقود المعارضات - الزوجة . ومن ثم فلا يقبل من المستانف الدفع بصورية عقد الزواج الرسمى المؤرخ ١٨ / ٢ /١٩٨١ بين المستانف عليه الثانى والمستأنف عليها الاولى طبقاً لاحكام المادة ٢٤٤ من القانون المدنى ، ولا يقلل من قيمة هذا النظر ماقال به المستأنف من ان المستأنف عليها الاولى تكبر المستأنف عليه الثانى بعشرين عاما يضاف الى ذلك انها ذكرت بعقد الزواج انها بكر حالة كونها ارملة فضلاً عن ان هذا القول من جانبه يخرج عن نطاق الدعوى الحالية المتصل سببها بواقعة التنازل عن عقد الايجار وترك العين المؤجرة فهو وشانه مع صاحب الصفة فى الالتجاء الى القضاء المختص بالدعوى المناسبة اذا شاء (استئناف اسكندرية - جلسة ١٥ / ٢ / ١٩٨٣ - الدائرة ٢٠ مساكن فى الدعوى رقم ١٣٥ لسنة ٣٨ قضائية) .

تعليق : هذا الحكم محل نظر لأنه « إشترط فى العقود التى يطعن عليها بالصورية أن تكون من عقود المعاوضه حالة انه يكفى فى تقديرنا أن يترتب على العقد مساس بمسألة مالية كمن يتزوج بمستأجرة شقة زواجا صوريا ليحتفظ بالشقة بعد وفاتها فإن هذا العقد يؤثر على المؤجر ماليا فاذا لم تكن الشريعة الاسلامية هى التى تطبق بشأن عقد الزواج بان كان الزوجان يدينان بديانة أخرى ومتحدا المذهب وكانت ديانتهما تبيح اثبات صورية عقد الزواج جاز للغير اثبات هذه الصورية » .

الفصل العاشر

الصورية فى العقود الادارية

تلجأ الادارة الى التعاقد مع الافراد بقصد ادارة المرافق العامة أو تسييرها أو تحقيق الغرض الذى تستهدفه فتبرم العقود الادارية بقصد الوفاء بمتطلبات المرافق واشباع حاجات الجمهور المتزايدة .

والعقود التى تبرمها الادارة ليست من طبيعة واحدة فهى تشتمل عقود الادارة التى تخضع للقانون الخاص وعقود الادارة التى تخضع للقانون العام وهو مايعرف بالعقود الادارية والنوع الاول يطبق عليه القانون الخاص ويختص به القضاء العادى ، اما النوع الثانى فيطبق عليه القانون الادارى .

والعقد الادارى يلزم لقيامه توافر شروط ثلاثة :

١ - ان تكون الادارة طرفاً فى العقد .

٢ - ان يتصل العقد بمرفق عام .

٣ - ان يتضمن العقد شروطاً استثنائية .

واذا كان نظام العقد فى ظل القانون الخاص يقوم على اساس ان العقد شريعة المتعاقدين فالامر بلا شك على خلاف ذلك فى مجال العقد الادارى .

فمتى ابرم عقد ادارى فان هناك مجموعة من القواعد الخاصة به تصبح بحكم القانون واجبة التطبيق .

وهذه القواعد الخاصة هى التى فرضت عدم المساواة القانونية بين الفرد المتعاقد الذى يسعى لتحقيق مصلحة خاصة وبين الادارة التى تسعى لتحقيق مصلحة عامة .

ويخضع ابرام العقد لأمور عديدة ..

(أ) كيفية اختيار الادارة للتعاقد :

تتمتع الادارة بحرية اختيار الطرف الذى تتعاقد معه ولها حق اسداء التوجيهات اللازمة للمتعاقدين اثناء التنفيذ .

والتعاقد قد يتم اما عن طريق المناقصة والذى يتم بخطوات عديدة منها :

١ - التقدم الى المناقصات العامة .
٢ - فحص العطاءات .
٣ - ارساء المزاد .
٤ - ابرام العقد .

ولكن المشرع اعطى للادارة حرية التعاقد عن غير طريق المناقصة فيما لا تزيد قيمته عن ٢٠٠ جنيه مصرى بالنسبة للمشتريات والفى جنيه بالنسبة لشراء الاصناف المحتكرة من الشركات فى الخارج التى ليس لها وكلاء فى مصر .

(ب) ابرام عقود الادارة :

بعد التقصى من شروط تكوين العقد الادارى يبحث عن شروط صحة انعقاده وطرائقه من حيث اختيار الطرف المتعاقد مع الادارة والرجوع الى لجان استشارية قبل التعاقد .

(جـ) سلطات الادارة فى مواجهة المتعاقدين معها :

ويتمثل ذلك فى حق الرقابة والتعديل وتوقيع الجزاءات الادارية ومنها التعويضات ثم فسخ العقد .

نتيجة لهذه الامور ولكون الادارة طرفا فى العقد الادارى فانه من المستبعد ان توجد صورية فى هذا العقد .. وان كان هذا لا يمنع - وفى صور نادرة - ان يسخر شخص شخصا آخر لابرام عقد ادارى باسم المسخر ، وذلك فى الحالات التى يكون الشخص محظوراً عليه التعامل فى هذا العمل أو القيام بعمل خارج وظيفته ، او اذا كانت الادارة قد سبق ان اصدرت قراراً بعدم التعامل معه ، أو اذا كانت سمعته غير حسنة ،

ففى هذه الامثلة السابقة يحرر المتعاقد الاصلى عقد مستتر بينه وبين المتعاقد الظاهر ويتبع فى اثبات احكام هذا العقد سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الغير القواعد العامة فى اثبات الصورية على النحو السالف بيانه .

وبالنسبة لآثار هذا العقد فانها ترتب نفس الآثار التى تترتب على العقود الصورية - طبقاً للقواعد العامة .

الفصل الحادى عشر

الصورية بقصد التهرب من الرسوم والضرائب

أولاً : الصورية بقصد التهرب من رسوم التوثيق والشهر

من صور الصورية ايضا ان يعمد المتعاقدان الى ذكر مبلغ تافه أو زهيد فى العقد لكى يتهربا من رسوم التوثيق والشهر العقارى أو العمل على تجزئة الصفقة ، أو الادلاء ببيانات غير صحيحة .

فاذا قدم العاقدان عقد البيع للشهر العقارى لتسجيله وتبين للموثق ان الثمن المحدد فى العقد ثمن صورى أقل من قيمته الحقيقية ، وقصد به المتعاقدان التهرب من سداد رسوم التسجيل فيقوم بالتحرى عن قيمة المبيع الحقيقية تمهيدا لأن يصدر امين المكتب امر تقدير تكميلى بالرسوم المستحقة طبقا للقيمة الحقيقية للعقار وله أن يستعين بمن يشاء فى سبيل تقدير القيمة وبعد ذلك يصدر امين المكتب امراً بتقدير تلك الرسوم ويعلنها الى المتعاقدين بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول أو على يد محضر ويجوز للصادر ضده الامر التظلم فى امر التقدير خلال ثمانية ايام من تاريخ الاعلان .. ويكون التظلم امام المحضر عند الاعلان ، أو بتقرير فى قلم الكتاب ولا يجوز ان يبدى التظلم عن طريق الدعوى المبتدأة والا قضى بعدم قبولها شكلاً لرفعها بغير الطريق الذى رسمه القانون ، سواء كانت المنازعة تدور حول الملتزم بهذه الرسوم وما إذا كان الملتزم بها هو البائع أو غيره أو على مقدار الرسوم المقدرة فلا يجوز رفعها فى جميع الحالات بالاجراءات العادية المقررة لرفع الدعوى .

ويرفع التظلم امام المحكمة الابتدائية التى يتبعها المكتب الذى اصدر الامر بصرف النظر عن قيمة الرسوم أو قيمة العقار .

وللمحكمة الابتدائية وهى فى سبيل تحقيق التظلم ان تندب خبيراً للاستعانة به فى تقدير قيمة العقار كما ان لها ان تعتمد على المستندات المقدمة من المتظلم أو من الشهر العقارى .

والحكم الصادر من المحكمة الابتدائية لا يجوز الطعن عليه

بالاستئناف اذا فصل فى منازعة فى تقدير هذه الرسوم ، اما اذا فصل فيما يثور من منازعات اخرى كما اذا فصل فى اساس الالتزام فى هذه الرسوم أو اذا قضى بالزام المشترى بالرسوم فانه يجوز الطعن عليه بالاستئناف طبقاً لما هو مقرر بالقواعد العامة .

وقد نظم المشرع هذه الاجراءات فى القانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٦٤ المعدل بالقانون رقم ٩٤ لسنة ١٩٨٠ بشأن رسوم التوثيق والشهر ..

فنص فى المادة ٢١ منه على ما يلى :

« يجوز لمصلحة الشهر العقارى والتوثيق بعد اتخاذ اجراءات التوثيق والشهر التحرى عن القيمة الحقيقية للعقار أو المنقول ويحصل الرسم التكميلى عن الزيادة التى تظهر فى القيمة »

ونص فى المادة ٢٥ على أن : –

« تكون العقارات موضوع التصرف خاضعة لأداء الرسوم ويكون للحكومة فى تحصيلها حق امتياز على جميع ممتلكات الاشخاص المدينين أو الملزمين بها ويكون أصحاب الشأن متضامنين فى ادائها » .

ونص فى المادة ٢٦ على انه : –

« فى الاحوال التى يستحق فيها رسوم تكميلية يصدر امين المكتب المختص امر بتقدير تلك الرسوم ويعلن هذا الامر الى ذوى الشأن بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول او على يد احد محضرى المحكمة » .

ويجوز لذوى الشأن – فى غير حالة تقدير القيمة بمعرفة اهل الخبرة المنصوص عليها فى المادة ٢١ – التظلم فى امر التقدير خلال ثمانية الايام من تاريخ الاعلان والا اصبح الامر نهائياً ، ويكون تنفيذه بطريق الحجز الادارى . كما يجوز تنفيذه بالطريق القضائى بعد وضع الصيغة التنفيذية على صورة آمر التقدير من المحكمة الواقع فى اختصاصها المكتب الصادر منه ذلك الأمر ويحصل التظلم امام المحضر عند اعلان أمر التقدير أو بتقرير فى قلم الكتاب ، ويرفع التظلم امام المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها المكتب الذى اصدر الامر ويكون حكمها غير قابل للطعن .

وتنص المادة ٢٧ على أنه : –

« للامين العام لمصلحة الشهر العقارى والتوثيق بناء على طلب احد

اصحاب الشان وبعد اخذ رأى مكتب الشهر أو التوثيق ان يمنحه اجلا لاداء الرسوم التكميلية أو ان يأذن له فى ادائها على اقساط شهرية بشرط تقديم كفيل مقتدر أو تأمين عينى ، وعلى الا تزيد المدة فى الحالتين على سنة اذا لم يتجاوز الرسوم مائتى جنيه ، ولا على سنتين اذا جاوزت هذا المبلغ .. كما يجوز لامناء المكاتب الموافقة على تقسيط الرسوم التكميلية المستحقة فى حدود خمسين جنيهاً واذا تاخر صاحب الشأن فى الوفاء باى قسط حلت باقى الاقساط بدون حاجة الى تنبيه أو انذار ، ولايجوز الطعن فى الامر الصادر بالقبول أو الرفض أو الرجوع .

.. ولا يترتب على بطلان المحررات اياً كان نوعها رد شىء من الرسوم ويسقط الحق فى استرداد مايتحصل من الرسوم بغير وجه حق بانقضاء ثلاث سنوات من تاريخ البيع (م . ٣٠ ، ٣١) .

وقد افرد المشرع عقوبة جنائية فى المادة ٣٥ من القانون بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة اشهر ولا تزيد عن خمسمائة جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين كل من توصل عمداً الى التهرب من اداء بعض الرسوم عن طريق تجزئة الصفقة أو الإدلاء ببيانات غير صحيحة أو بأى وسيلة اخرى مع الزامه باداء مبلغ لا يجاوز ثلاثة امثال مالم يؤد من الرسم .

ولا يجوز اقامة الدعوى الا بإذن من وزير العدل ، ويجوز الصلح فيها على اساس دفع مبلغ لا يقل عن مثلى مالم يؤد من الرسم ، ويعاقب على الشروع فى هذه الجريمة بعقوبة الجريمة ذاتها .

والقواعد التى وضعها المشرع لاثبات قيمة العقار الحقيقية لَيس فيها خروج على القواعد العامة فى الاثبات لان الشهر العقارى ليس طرفاً فى المحرر حتى يلزم بما جاء به ويمتنع عليه اثبات ما يخالفه بكافة الادلة .

أحكام النقض :

١ – النص فى المادة ٢٦ من القانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن التوثيق والشهر على انه « فى الاحوال التى يستحق فيها رسوم تكميلية يصدر امين المكتب المختص امر بتقدير تلك الرسوم ، ويعلن هذا الامر الى اولى الشأن بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول أو على يد احد محضرى المحكمة ويجوز لذوى الشأن – فى غير حالة تقدير القيمة

بمعرفة اهل الخبرة المنصوص عليها فى المادة ٢١ منه - التظلم من امر التقدير خلال ثمانية ايام من تاريخ الاعلان والا اصبح نهائياً ، ويكون تنفيذه بطريق الحجز الادارى ، ويجوز التظلم الى رئيس المحكمة الابتدائية الكائن بدائرتها المكتب الذى اصدر الامر ويكون حكمها غير قابل للطعن ، قد ورد عاماً مطلقاً دون تخصيص ، ينص على التظلم من أمر التقدير مما مفاده ان المشرع قصد بذلك الى أن يكون رفع التظلم من الامر الصادر بتقدير الرسوم التكميلية بهذا الطريق الاستثنائى ، إما امام المحضر عند الاعلان أو بتقرير فى قلم الكتاب - ايا كانت طبيعة المنازعة سواء انصبت هذه المنازعة على مقدار الرسوم المقدرة ام تناولت اساس الالتزام بهذه الرسوم وذلك تبسيطاً للاجراءات ، اما المنازعة فى اساس الالتزام بشأن الرسوم القضائية فترفع بطريق الاجراءات العادية المنصوص عليها فى قانون المرافعات لرفع الدعاوى « نقض ١٦ / ١٢ / ١٩٧٩ السنة ٣٠ العدد الثالث ١٦٦ » .

٢ - من المقرر وفقاً لنص المادة ٢٦ من القانون ٧٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن رسوم التوثيق والشهران الحكم الصادر فى التظلم من امر تقدير الرسوم التكميلية يكون غير قابل للطعن ، الا انه لا يكون ذلك الا اذا فصل فى منازعة فى تقدير هذه الرسوم ، اما اذا فصل فيما يثور من منازعات اخرى فانه يخضع من حيث قابليته للطعن للقواعد العامة فى قانوّن المرافعات . (نقض ٦ / ١٢ / ١٩٧٩ السنة ٣٠ الجزء الثالث ص ١٦٦) .

ثانيا : الصورية بقصد التهرب من اداء الضريبة المفروضة على التصرفات بالقانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ :

اذا حرر المتعاقدان عقد بيع وحددا فيه ثمنا صوريا يقل عن الثمن الحقيقى بقصد التهرب من سداد الضرائب التى نص عليها القانون سواء كان التصرف ينصب على قطعة أرض فضاء أو منزل اقيم على الأرض الفضاء أو جزء منها أو وحدة سكنية أو شقة أو دكان او جراج أو مصنع وسواء كان الذى اقام العقار هو مالك الارض أم شخصا غيره .. ففى جميع هذه الحالات تستحق الضريبة بالنسبة المقررة فى القانون ، فاذا تبين لمأمورية الضرائب المختصة ان قيمة العقار اقل من قيمته الحقيقية فانه يجوز لها تحصيل الفرق بالطريق الذى رسمه القانون لتحصيل الضرائب .

وقد أوجب القانون على مكتب مأمورية الشهر العقارى تحصيل هذه الرسوم مع رسوم التسجيل .. بيد ان مصلحة الشهر العقارى لاشأن لها بما اذا كان الثمن المبين فى العقد مطابقا للحقيقة ام انه ثمن صورى الا بالنسبة للرسوم المستحقة لها ، وتترك ذلك لمصلحة الضرائب لاتخاذ ماتراه بعد ذلك من اجراءات قانونية لتحصيل الفرق .

واذا كان القانون قد اجاز للشهر العقارى ان يصدر امر تقدير بفرق الرسوم المستحقة اذا تبين له ان الثمن المسمى فى العقد ثمن صورى ففى تقديرنا ان هذا التقدير يصح ان تتخذه مصلحة الضرائب سندا فى المطالبة بفرق الضرائب .

وقد نصت المادة ١٩ من القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بشأن الضرائب على الدخل على ان : « تفرض ضريبة بسعر ٥٪ وبغير تخفيض على اجمالى قيمة التصرف فى العقارات المبنية أو الأراضى داخل كردون المدينة سواء انصب التصرف عليها بحالتها أو بعد اقامة منشآت عليها ، وسواء اكان هذا التصرف شاملا العقار كله أو جزء منه أو وحدة سكنية فيه أو غير ذلك وسواء كانت اقامة المنشآت على أرض مملوكة للممول أو للغير .

وعلى مأموريات ومكاتب الشهر العقارى تحصيل الضريبة مع رسوم التوثيق والشهر المقررة بالقانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن رسوم التوثيق والشهر بذات اجراءات تحصيلها من المتصرف اليه الذى يلتزم بسدادها لحساب الممول اليه الذى يلتزم بسدادها ، لحساب الممول المتصرف .

ويعتبر باطلا كل شرط أو اتفاق يقضى بنقل عبء الضريبة إلى المتصرف اليه ، ويمتنع على مأمورية ومكاتب الشهر العقارى توثيق أو شهر التصرفات المشار اليها الا بعد تحصيل الضريبة المنصوص عليها فى هذه المادة .

وفى تطبيق حكم هذه المادة يعتبر تصرفا خاضعا للضريبة التصرف بالهبة لغير الفروع أو تقرير حق انتفاع على العقار أو تأجيره لمدة تزيد على خمسين عاما ولايعتبر تصرفا خاضعا للضريبة المشار اليا البيوع الجبرية الادارية أو القضائية ، وكذلك نزع الملكية أو الاستيلاء للمنفعة العامة أو للتحسين » .

ويبين من هذا النص ان المشرع فرض ضريبة محددة مقدارها ٥٪ من اجمالى قيمة التصرف فى العقارات المبنية والاراضى داخل كردون المدينة ، واوجب المشرع على مكاتب الشهر العقارى تحصيلها مع رسوم التوثيق والشهر وبذات الاجراءات التى تحصل من المتصرف اليه الذى يلزم بسدادها لحساب الممول المتصرف ، وقد اعتبر المشرع اى اتفاق بنقل عبء الضريبة إلى المتصرف اليه باطلا ، كما حظر على مأموريات ومكاتب الشهر العقارى توثيق أو شهر اى تصرف يخضع لهذه الضريبة الا بعد تحصيلها .

وقد فرض المشرع الضريبة سواء انصب التصرف على العقار بحالتها أو باقامة منشآت عليه وكذلك سواء كان التصرف شاملا العقار كله أو جزء فيه أو وحدة سكنية وسواء كانت المنشآت مقامة على الارض المملوكة للممول أو للغير ، ولم يستثن المشرع من تطبيق هذا النص الا تصرفات الوارث فى العقار التى آلت إليه من مورثه بحالتها عند الميراث وكذلك حالة تقديم مالك العقار حصه عينية فى رأس مال الشركات

المساهمة وبشرط عدم تصرف مقدم الحصة العينية فى الاسهم المقابلة لها لمدة خمس سنوات .

وقد توقع المشرع فى هذا القانون الصورية فى حقيقة الثمن المحدد بالتصرف بقصد التهرب من الضريبة وعالج هذه الصورة على النحو الذى سنوضحه .

كيف يتم ربط الضريبة وطرق الطعن عليها :

نظم القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ طريقة ربط الضريبة واجراءات الطعن عليها والجهة التى يرفع اليها الطعن ووفقا لنص المادة ٣٨ منه اذا رأت مأمورية الضرائب ان الثمن المقدر فى العقد بشأن التصرف موضوع الضريبة غير حقيقى قامت بربط الضريبة ثم تعين عليها بعد ذلك وفقا للمادة ٤١ من القانون ان تخطر الممول بكتاب موصى عليه بعلم وصول بعناصر ربط الضريبة وبقيمتها وان تدعوه إلى موافاتها كتابة بملاحظاته على التصحيح او التعديل أو التقدير الذى اجرته فاذا وافق الممول على التقدير ربطت المصلحة الضريبة على مقتضاه ويكون الربط غير قابل للطعن اما اذا لم يوافق احيل اخلاف إلى لجنة الطعن للفصل فيه كذلك يجوز للممول فى الحالات المبينة فى المادة ١٥٧ من القانون خلال ثلاثين يوما الطعن فى الربط امام لجنة الطعن التى تختص بالفصل فى جميع أوجه الخلاف بين الممول والمصلحة وعليها ان تصدر قرارها فى حدود تقدير المصلحة وطلبات الممول ويعدل ربط الضريبة وفقا لقرارها وذلك عملا بالمادة ١٥٩ من القانون ، ويجوز لكل من مصلحة الضرائب والممول الطعن فى قرار اللجنة امام المحكمة الابتدائية خلال ثلاثين يوما من تاريخ اعلان القرار وذلك وفق مانصت عليه المادة ١٦١ من القانون ويجوز لكل من مصلحة الضرائب والممول الطعن على الحكم الصادر منها بالاستئناف ايا كانت قيمة الدعوى طبقا لنص المادة ١٦٢ من ذات القانون ويجوز للمحكمة ان تستعين بخبير لتقدير قيمة التصرف الذى ترى مصلحة الضرائب صورية قيمته المسطرة فى العقد كما يجوز لها الاكتفاء بالمستندات المقدمة من الممول أو من مصلحة الضرائب .

أحكام النقض :

وحيث ان هذا النعى مردود ، ذلك انه لما كانت المادة ١٤ من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ بفرض رسم ايلولة على التركات تقضى بان يستبعد من التركة كل ماعليها من الديون والالتزامات اذا كانت ثابتة بمستندات تصلح دليلا على المتوفى امام القضاء وكان النص فى المادة ١٥ من هذا القانو على انه « يحق لموظفى مصلحة الضرائب ان يطلبوا تقديم المستندات المثبتة لما على التركة من الديون والالتزامات كما يحق لهم ان يطلبوا لهذا الغرض تقديم السجلات والدفاتر التجارية ولهم ان يستبعدوا مؤقتا او نهائيا كل دين على التركة يبدو لهم انه صورى أو غير ثابت ثبوتا كافيا ، وعلى الاخص مايأتى ١ - كل سند أو اعتراف بدين صادر من المتوفى خلال السنة السابقة لوفاته لمصلحة شخص اصبح وارثا له بسبب من اسباب الارث كان متوافرا وقت ابرام الدين سواء اكان صدوره له بالذات أم بالواسطة .. وذلك كله مع الاحتفاظ لاصحاب الشأن بمطالبة المصلحة قضائيا برد الرسم الذى يحصل ولم يكن مستحقا » يدل على ان المشرع اعطى للمصلحة - وهى بسبيل النظر فى الديون والالتزامات على التركة - طلب المستندات المثبتة لهذه الديون والالتزامات وان تطلع على السجلات والدفاتر التجارية وتستبعد مؤقتا او نهائيا كل دين يبدو لها انه صورى أو غير ثابت ثبوتا كافيا ، ثم خصت بالاشارة ديونا معينة يجوز للمصلحة استبعادها على ان يكون لاصحاب الشأن المطالبة برد مادفعوه من رسوم الايلولة متى اثبتوا امام القضاء ان الذى حصل منهم لم يكن مستحقا ، وكان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان تحرير السند وتسليمه لمن صدر له يجعل ذمة الملتزم فيه مشغولة بقيمته ولو كان سببه التبرع ، ولم يطالب صاحبه بقيمته الا بعد وفاة من صدر منه . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه بعد ان أورد نص المادتين ١٤ ، ١٥ سالفتى الذكر قرر مايلى « فمتى كان ثابتا من الأوراق ان الدين محل المنازعة قد صدر من المورثة فى تاريخ سابق على وفاتها ومحكوم بصحة التوقيع على سند المديونية فى القضية رقم ٨٦٩ لسنة ١٩٥٢ مدنى الوايلى قبل وفاة المورثة بعشر سنوات كاملة ، ومن ثم

ـهن بمقتضى ماتقدم ولمرور اكثر من خمس سنوات على وفاة المورثه مـ
قيامه فى ذمتها لايكون هناك وجه لاطراح هذا السند من خصوم التركة
سواء اكان هذا التصرف هبة أو غير هبة لعدم جدوى تحديد ماهية هذ
التصرف متى كانت النتيجة غير مؤدية لاستبعاد هذا السند ، بالتالى
يتعين الغاء الحكم المستأنف فى هذا الخصوص والحكم باعتبار هذا
الدين من جملة الخصوم التى تخصم من أصوله التركة » وكان المستفاد
مما أورده الحكم انه انتهى إلى ان الدين موضوع النزاع مستحق على
المتوفاة حال حياتها وثابت بمستند يصلح دليلا عليها امام القضاء مما
يدل على جدية الدين ، واستند الحكم فى ذلك الى اسباب سائغة ولما كانت
هذه الدعامة تكفى لاقامة الحكم على اساس قانونى سليم فلا يعيبه
مايكون قد شابه من خطأ فيما أضافه تزيدا من تقريرات استخلصها من
تفسيره لنص المادة ١٥ سالفة الذكر ، ويكون النعى عليه بالخطأ فى
تطبيق القانون على غير اساس . (نقض جلسة ١٢ / ١٢ /١٩٧٣ السنة
٢٤ ص ١٢٦٢) .

الفصل الثانى عشر

العقود الصورية التى يقصد بها المنع من الأخذ بالشفعة

أولا - عقد البيع :

يجب لجواز الشفعة ان يكون البيع الصادر إلى المشفوع منه بيعا صرفا وذلك بمعنى الا يكون البيع قد روعيت فيه اعتبارات خاصة تتعلق بشخص المشترى أو بمصلحة عامة اقتصادية أو اجتماعية ، فالبيع الذى تجوز الشفعة فى هو ذلك الذى يتم فى مقابل الثمن المتفق عليه ، دون تطلب شروط معينة فى المشترى ودون مراعاة لاعتبارات اخرى تتعلق بالصالح العام ، اما البيع الذى تطلب فيه مثل هذه الشروط أو تراعى فيه مثل هذه الاعتبارات فلا تجوز الشفعة فيه ، لانه لايتم فى نظير الثمن المتفق عليه اذ ان هذا الثمن يكون فى الواقع اقل من القيمة الحقيقية للعقار .

وعلى هذا لاتجوز الشفعة إلا فى بيع صرف قائم وقت طلب الشفعة ، واذا تعلق الامر بتصرف صورى وجب ان يكون البيع هو التصرف الحقيقى الذى قصده المتعاقدان فاذا كان البيع مستورا بتصرف أخر - كما لو كانت هبة ساترة للبيع - جاز للشفيع ان يثبت الصورية بجميع الطرق ، فاذا نجح فى اقامة الدليل على ان العقد فى حقيقته بيع وليس هبة فان الشفعة تجوز له فى هذا العقد .

كذلك يجوز لاى من المتعاقدين فى هذه الحالة ان يثبت الصورية فاذا نجح فى اقامة الدليل على ان العقد فى حقيقته هبة وليس بيعا فقد ذهب رأى إلى أن الشفيع يعتبر من الغير بالنسبة لطرفى البيع سبب الشفعة بحكم كونه صاحب حق فى اخذ العقار بالشفعة ولايحتج عليه إلا بالعقد الظاهر (كمال عبد العزيز ص ٨٩٠) .. وذهب الرأى الثانى إلى ان

الشفيع لايعتبر من الغير فى خصوص الصورية ومن ثم فلا يجوز له اذا كان حسن النية لايعلم بالصورية ان يتمسك بالعقد الظاهر ، حيث ان الغير فى الصورية يشمل الدائن والخلف الخاص لكل من المتعاقدين ، ويجب فى الخلف الخاص ان يكون قد كسب حقه من احد هذين المتعاقدين بسبب يغاير التصرف الصورى المبرم بينهما فلا يعتبر من الغير من كسب حقه فى خصوص العين محل التصرف الصورى بموجب هذا التصرف الصورى نفسه ، بينما لايعتبر الشفيع دائنا للمشترى لان حقه فى اخذ العقار المبيع بالشفعة لا يظهر كعنصر سلبى فى ذمة المشترى على النحو المعروف فى المديونية ، ولو انه نزل عن هذا الحق سواء قبل طلب الشفعة وبعده فلا يعتبر هذا النزول من قبيل الابراء من الدين . وأضاف أصحاب هذا الرأى أنه قد تعرض ظروف اثناء نظر دعوى الشفعة تؤدى إلى سقوط حقه كما لو زالت واقعة الجوار أو نزل المشترى عن حق ارتفاق للارض المبيعة فحق الشفيع لايعدو أن ، يكون مجرد افضلية يقررها القانون لصالحه فى تملك العقار المبيع ومن باب أولى لايعتبر الشفيع دائنا للبائع ، حيث ان المشفوع منه هو المشترى وليس البائع .

واستطرد انصار هذا الرأى إلى القول بان الشفيع لايعتبر خلفا خاصا للمشترى لانه لايتلقى الملكية من المشترى بل يحل محله فى البيع ، ولايعتبر خلفا خاصا للبائع وفقا للوضع المقصود فى الصورية لانه حين يحل محل المشترى فى البيع يصبح طرفا مع البائع فى نفس العقد الصورى .

واختتم مؤيدو هدا الرأى حججهم بآن الشفيع يكسب حقه بالشفعة ، والشفعة كسبب لكسب الملكية واقعة مركبة يدخل فى تكوينها البيع الذى تطلب فيه الشفعة ، فهو إذا لم يكسب حقه بسبب يغاير السبب الصورى وانما كسب حقه بموجب هذا العقد ، فلا يعتبر غيرا فى هذا الصدد .. « الدكتور السنهورى جـ ٢ ص ١٠٩٠ ، رسالة الاثبات للاستاذ احمد نشأت فقرة ٤٤١ ، والدكتور عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٣٨ » .

ولكن محكمة النقض ويؤيدها فى ذلك فريق من الشراح يجرى قضاؤها على الرأى الأول « د . عبد المنعم البدراوى فقرة ٤٢٩ ، د .

أسماعيل غانم فقرة ١١٤ ودكتور منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٨ ، ود . محمد على عرفة جـ ٢ فقرة ٢٥٨ » .

وبالنسبة لطلب الشفعة فى بيع ساتر لهبة فان الشفيع يعد من طبقة الغير بالنسبة إلى الطرفين المتعاقدين البائع والمشترى ، فله ان يتمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر ، ومن ثم لايجوز ان يحاج بالعقد المستور الا اذا كان هذا العقد مسجلا او كان هو عالما بصورية العقد الظاهر أبو بوجود ورقة ضد . (نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ - سنة ٣ - صفحة ١٦١ » .

واذا كان العقد صريحا فى انه بيع لارهن ، فلا يجوز قانونا التمسك قبل الشفيع وهو من الغير بالنسبة إلى ذلك العقد بانه رهن لابيع بناء على اقرار من البائع بذلك بمقولة أنه صار ثابت التاريخ بوفاة بعض الشهود الموقعين عليه (نقض ١٩٤٤/١١/٢٣ مجموعة القواعد القانونية الجزء الثانى ص ٤٥٢) .

صورية الثمن المسمى فى عقد البيع :

اذا كان الثمن المذكور فى عقد البيع صوريا اتفق البائع والمشترى على رفعه بقصد تعجيز الشفيع عن الأخذ بالشفعة أو تثبيط همته أو غير ذلك من الاسباب فانه يجوز للشفيع ان يثبت الثمن الحقيقى فاذا نجح فى هذا الاثبات فانه لايلزم الا بهذا الثمن .

أما اذا كان الثمن المسمى فى العقد اقل من الثمن الحقيقى كأن يكون البائع والمشترى قد اتفقا على تخفيضه لتقليل رسوم التسجيل أو لاى سبب اخر فانه يجوز لاى من المتعاقدين ان يثبت الثمن الحقيقى فاذا نجح فى الاثبات التزم الشفيع بدفع هذا الثمن غير ان من حقه باعتباره من الغير - طبقا للقواعد العامة فى إثبات الصورية - ان يتمسك بالعقد الظاهر فلا يحتج عليه بالعقد المستتر الا ان ذلك مشروط بان يكون حسن النية اى الا يكون عالما بصورية العقد الظاهر وقت اظهار رغبته فى الاخذ بالشفعة اما إذا ثبت علمه بالعقد الحقيقى المستتر فانه لايكون حسن النية وجاز للمتعاقدين الاحتجاج عليه بهذا العقد .

واذا كان البيع صوريا صورية مطلقة حق لاى من المتعاقدين ان يثبت

الصورية واذا قام الدليل على صورية البيع فلا تجوز الشفعة فيه ، مالم يتمسك الشفيع بالعقد الظاهر ويشترط الايكون عالما بصوريته . ومؤدى كل ماتقدم ان العبرة بالتصرف الحقيقى الذى انعقدت عليه ارادة الطرفين مالم يتمسك الشفيع بالعقد الظاهر وبشرط ان يكون حسن النية (دكتور الصدة فى حق الملكية بند ٢٠٨) .

احكام النقض :

١ - اذا كانت محكمة الموضوع قد اخذت الطاعنين المشفوع ضدهما فى خصوص ثمن الصفقة المشفوع فيها بدليل صالح للاخذ به قانونا ، وهو عقد البيع الابتدائى الموقع عليها منهما دون ان تعتد بما ابدياه من تعليل لرفع الثمن فى العقد النهائى بما ساقه فى هذا الخصوص من أسباب سائغة ، فلا وجه للنعى على حكمها بانها لم تحل الدعوى الى التحقيق لتتحرى حقيقة الثمن ، ذلك ان لها فى هذا الشأن سلطة تقدير اجابة هذا ، الطلب أو رفضة تبعا لما يتراءى لها من عناصر الدعوى (نقض ١٥ / ١ / ١٩٥٩ سنة ١٠ ص ٤٣) .

٢ - الشفيع ، بحكم انه صاحب حق فى اخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة إلى طرفى عقد البيع سبب الشفعة . ومن ثم لايحتج عليه إلا بالعقد الظاهر فمتى كان الحكم اذا قضى للشفيع بالشفعة مقابل الثمن الوارد بالعقد المسجل الصادر من البائع الى المشترى قد نفى بادلة مسوغة علم الشفيع بان الثمن الحقيقى يختلف عن الثمن الوارد بالعقد ، فان النعى عليه بمخالفة القانون يكون على غير اساس (نقض ٢٩ / ١ / ١٩٥٣ السنة الرابعة ص ٤١١) .

٣ - اذا كان ثمن الصفقة فى العقد الابتدائى اكثر منه فى العقد المسجل وتمسك الشفيع بماجاء من الثمن فى العقد الاخير حتى ولو كان صوريا كان الاحتجاج عليه بعقد البيع الابتدائى الذى هو ورقة ضد العقد المسجل غير جائز قانونا واذا خالف الحكم هذه القاعدة دون ان يذكر شيئا عن علم الشفيع أو عدم علمه بحقيقة الثمن حين طلب الشفعة فانه يكون متعينا نقضه (نقض ١٤ / ٤ / ١٩٤٩ مجموعة القواعد القانونية الجزء الخامس ص ٧٥٦) .

٤ - ومن حيث انه يبين من مطالعة الحكم المطعون فيه ان استعرض ماأثاره الطاعنان فى هذا ورد عليه بقوله «ومن حيث انه ليس فى القانون مايوجب على المحكمة ان تتخذ اى إجراء قبل الاحالة على التحقيق لاثبات صورية الثمن اذا كان القانون يجيز اثبات هذه الصورية بالبينة ، ومن حيث ان الشفيع وهو من الغير فله الحق قانونا ان يثبت صورية الثمن فى العقد المشفوع فيه بكافة الطرق القانونية بما فيها البينة ومن ثم فلا خطأ من جانبه محكمة أول درجة اذ هى احالت الدعوى الى التحقيق لاثبات هذه الصورية » وهذا الذى قرره الحكم المطعون فيه لامخالفة فيه للقانون ، ذلك ان الشفيع بحكم انه صاحب حق فى اخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة فيجوز له ان يثبت بكافة الطرف القانونية بما فيها البينة ان الثمن الوارد فى عقد المشترى ليس هو الثمن الحقيقى للعين المشفوع فيها بل هو ثمن صورى تواطأ عليه البائع والمشترى بقصد تعجيزه عن الاخذ بالشفعة ولاسند فى القانون لما يتمسك به الطاعنان من وجوب تقديم قرائن تبريرا لطلب الاحالة إلى التحقيق . ومن ثم يتعين رفض هذا السبب . (نقض ٢ / ٤ / ١٩٥٩ - السنة ١٠ ص ٣٠٣)

٥ - ومن حيث إن هذا النعى بجميع وجوهه - مردود - أولا - بما قرره الحكم المطعون فيه من : « أن المفهوم من إحالة الدعوى إلى التحقيق لاثبات صورية عقد الطاعنين ان التحقيق يتناول كافة أركان العقد ومنها الثمن ومن ثم اذا ثبت ان العقد جدى والثمن صورى فلا تناقض إذا قضت المحكمة بجدية العقد وعدم الاخذ بالثمن المسمى به » واذا كان الثابت ان محكمة الموضوع استخلصت من نتيجة هذا التحقيق ومن القرائن الاخرى التى استندت اليها ان عقد شراء الطاعنين جدى ولم تأخذ بالثمن الوارد به لما ثبت لها من أنه صورى فلا تناقض بين الأمرين . ومردود - ثانيا - بأن محكمة الموضوع اذ استعرضت مستندات الخصوم وناقشت شهادة الشهود وساقت القرائن واستخلصت من كل ذلك استخلاصا سائغا له أصله الثابت فى أوراق الدعوى ان الثمن صورى وأن حقيقة ثمن شراء الطاعنين هو ٣٣٠ جنيها للفدان الواحد وليس أكثر من ذلك كانت فى حدود سلطتها

الموضوعية فى تقدير الادلة تستقل به دون رقابه عليها من محكمة النقض ، وقد ورد فى هذا الخصوص بأسباب الحكم الابتدائى المؤيد استئنافيا مايأتى . « ومن حيث إن المحكمة ترجح شهادة شاهدى الاثبات على شاهدى النفى للاسباب الآتية : أولا - ان شاهد النفى شهد بأنه حضر كتابة العقد المقدم بحافظة المدعى عليهما الاخيرين وهذا القول من جانبه يتنافى مع ما هو ثابت بنفس العقد المقدم بحافظة المدعى عليهما الاخيرين - المستند رقم ١ حافظة رقم ٥ مرفقات - إذ الثابت بالعقد المشار إليه انه دفع من الثمن فى مجلس العقد مبلغ ٤٨٢٠ جنيها - ثانيا - ثبت ان المدعى عليه الأول سبق ان باع الأطيان موضوع الدعوى إلى المدعى عليه الثانى بعقد ابتدائى مؤرخ ١٢ من سبتمبر سنة ١٩٥٠ فى نظير ثمن ذكر انه ٣٣٠ جنيها للفدان الواحد ورفع المشترى المذكور دعوى بإثبات صحة هذا التعاقد ضد البائع أعلنت بتاريخ ١٦ من نوفمبر سنة ١٩٥٠ ولم تقيد - المستند رقم ٦ من حافظة المدعى عليها رقم ٥ مرفقات وهو عبارة عن أصل عريضة دعوى صحة التعاقد التى نتكلم بصددها - وقد ثبت أيضا من ظروف الدعوى الحالية ان التعاقد الحاصل بين المدعى عليه الأول والثانى قد نسخ فلا يعقل بعد ذلك ان يشترى المدعى عليهما الثالث والرابع نفس الاطيان بسعر ٤٠٠ جنيه للفدان الواحد إذ كان الأولى بهذا السعر المشترى الأول ولباع لهما الاطيان بدورد بسعر ٤٠٠ جنيه للفدان كما يزعمان ولاحتفظ لنفسه بفرق السعر بدلاً من ترك الصفقة وفسخ عقد البيع بينه وبين المدعى عليه الأول ثالثا : ذكر الدفاع عن المدعى عليهما الثالث والرابع ان الظروف قد تغيرت وارتفع سعر القطن فى الفترة مابين البيع الأول والثانى بدليل النشرات المقدمة منهما اخيرا بملف الدعوى وانه حين عجز المشترى الاول عن دفع باقى الثمن قد تفاسخ الطرفان عن هذا البيع وتم بيع الاطيان للمدعى عليهما الثالث والرابع بسعر ٤٠٠ جنيه للفدان . ومن حيث ان هذا الدفاع مردود بأن الفترة بين حصول التفاسخ الواقع حتما بعد تاريخ رفع دعوى صحة التعاقد من المشترى الأول وبين عقد البيع الصادر للمدعى عليهما الاخيرين عبارة عن ثلاثة ايام (الفترة من ١٦ / ١١ / ١٩٥٠ إلى ١٩ / ١١ / ١٩٥٠) وهذه

الفترة القصيرة لايمكن ان تسمح بأى زيادة فى السعر . ومن حيث إنه لما ذكر ترى المحكمة ان العقد الصادر للمدعى عليهما الاخيرين هو عقد جدى وليس بصورى وان الثمن الحقيقى هو مبلغ ٣٣٠ جنيها للفدان الواحد »

وهو مردود - اخيرا - بأن الحكم المطعون فيه عندما ناقش دفاع الطاعنين - الخاص بتغير الظروف وارتفاع اسعار القطن مما دفعهما إلى الشراء بسعر أعلى مما اشترى به المطعون عليه الأخير - قد رفض هذا الدفاع استنادا إلى الاسباب التى سبقت الاشارة اليها فيما تقدم ومن بينها قصر المدة وهى ثلاثة ايام بين فسخ عقد شراء المطعون عليه الأخير وبين عقد شراء الطاعنين . وقد استخلص الحكم ذلك استخلاصا سليما من الأوراق المقدمة فى الدعوى من ذات الطاعنين بحسب ماهو واضح من تلك الاسباب مما لا يصح معه النعى على الحكم بفساد الاستلالال .

ومن حيث إنه من جميع ماتقدم يبين ان الطعن على غير أساس متعين الرفض . (نقض جلسة ٢ / ٤ / ١٩٥٩ - السنة ١٠ ص ٣٠٣)

٦ أ - إنه وإن كانت دعوى الشفعة من الدعاوى التى يوجب القانون توجيه الطعن فيها إلى جميع الخصوم الذين كانوا ماثلين فى الخصومة امام محكمة الموضوع ، وكان المطعون عليه الاخير الذى اختصم فى النزاع فى جميع مراحل التقاضى قد وقع إعلانه بتقرير الطعن بالنقض باطلا ، إلا انه اذ يبين من أسباب الحكم الابتدائى ان اختصامه كان باعتباره مشتريا للاطيان المشفوعة وانه ثبت لمحكمة الموضوع ان هذا البيع قد فسخ واشترى الطاعنان هذه الاطيان بدلا عنه كما يبين من أسباب الحكم المطعون فيه ان احدا من الخصوم لم يوجه أى مطعن لقضاء الحكم الابتدائى فى هذا الصدد فحاز بذلك هذا القضاء قوة الأمر المقضى واصبحت الخصومة فى حقيقتها معقودة بين الطاعنين - كمشترين - والمطعون عليه الأول - كشفيع - ومورث باقى المطعون عليهم - كبائع - وإذا كانت الثابت ان إعلان المطعون عليهم عدا الاخير بتقرير الطعن قد تم صحيحا - فإن بطلان الطعن بالنسبة له لايمتد أثره إلى الباقين .

ب - إن الشفيع بحكم انه صاحب حق فى اخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة فيجوز له ان يثبت بكافة الطرق القانونية بما فيها البينة ان الثمن الوارد فى عقد المشترى ليس هو الثمن الحقيقى للعين المشفوع فيها بل هو ثمن صورى تواطأ عليه البائع والمشترى بقصد تعجيزه عن الاخذ بالشفعة .

ج - اذا كانت محكمة الموضوع قد احالت الدعوى الى التحقيق لاثبات صورية عقد شراء الطاعنين ، وكان الثابت انها استخلصت من نتيجة هذا التحقيق ومن القرائن الاخرى التى استندت اليها ان هذا العقد جدى ولم تأخذ بالثمن الوارد به لما ثبت لها من أنه صورى فلا تناقض بين الأمرين .

د - إذ استعرضت محكمة الموضوع مستندات الخصوم وناقشت شهادة الشهود وساقت القرائن واستخلصت من كل ذلك إستخلاصا سائغا له أصله الثابت فى أوراق الدعوى ان الثمن صورى - وان حقيقة الثمن هو كذا وليس أكثر من ذلك - كانت فى حدود سلطتها الموضوعية فى تقدير الأدلة مما تستقل به دون قابة عليها من محكمة النقض . (نقض ٢ //٤ / ١٩٥٩ - السنة ١٠ ص ٣٠٢) .

٧ - وحيث إنه يبين من الحكم المطعون فيه ان الطاعن أودع خزانة المحكمة مبلغ ٤١٠ ج و ٦٦٨ مليما وآقام الدعوى بطلب اخذ العقار المبيع بالشفعة نظير هذا المبلغ باعتبار انه هو الثمن الذى حصل به البيع - وإذ ثار النزاع امام محكمة الدرجة الأولى حول ما إذا كان الثمن المذكور بعقد البيع الابتدائى المؤرخ ١٠٣ / ٤ / ١٩٥٦ وقدره ٤٣٦ جنيها و ٣٣٠ مليما هو الثمن الذى حصل به البيع ، حقيقة ، ام ان الثمن الحقيقى يقل عن هذا المبلغ فقد ندبت محكمة الدرجة الأولى خبيرا كان من مأموريته بحث ما إذا كان الثمن المبين بعقد البيع هو الثمن الحقيقى أم لا - فلما أودع الخبير تقريره اثبت فيه ان الثمن المذكور فى عقد البيع ليس هو الثمن الحقيقى للأرض المبيعة وان حقيقة ثمنها هو مبلغ ٣٠٨ جنيهات و٥٣٣ مليما طلب الطاعن الحكم بأحقيته فى أخذ هذه الأرض بالشفعة نظير الثمن الذى أظهره الخبير . ولما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بسقوط حق الطاعن فى اخذ العين المبيعة بالشفعة على

قوله « إنه مما لاجدال فيه بين طرف الخصومة ان الثمن المسمى فى عقد البيع الصادر للمستأنفين عن الأرض موضوع النزاع هو مبلغ ٤٣٦ جنيها و٣٣٠ مليما كما هو ثابت بالعقد المذكور وان ماقام المستأنف عليه الأول - الطاعن - بإبداعه هو مبلغ ٤١٠ جنيهات و٦٦٨ مليما فقط أى أقل من الثمن المسمى فى عقد البيع ... وحيث أنه إذا ما ثبت أن المستأنف عليه الأول لم يودع كامل الثمن المسمى فى عقد البيع الصادر للمستأنفين عن قطعة الأرض موضوع النزاع قبل رفع الدعوى طبقا لما تقدم بيانه فيكون حقه قد سقط فى طلب الاخذ بالشفعة طبقا لاحكام المادة ٩٤٢ مدنى سالفة الذكر وهو ماترى هذه المحكمة الحكم به » - ولما كان الثمن الذى توجب المادة ٩٤٢ من القانون المدنى على الشفيع ايداعه ، حتى لايسقط حقه فى الأخذ بالشفعة هو الثمن الذى حصل الاتفاق عليه بين البائع والمشترى وانعقد به البيع ولايكون هذا الثمن دائما هو الثمن المسمى فى العقد إذ يحتمل ان يكون هذا الثمن غير حقيقى بقصد تعجيز الشفيع عن الاخذ بالشفعة ، وللشفيع ان يطعن فى هذا الثمن بالصورية وبأنه يزيد على الثمن الحقيقى وعندئذ يقع عليه عبء اثبات هذه الصورية وله أن يثبتها بطرق الاثبات القانونية كافة بحيث ان عجز عن اثباتها اعتبر انه قد تخلف عن الايداع المفروض عليه قانونا ، ان كان المبلغ الذى أودعه يقل عن الثمن المسمى فى العقد - ولما كان طلب الطاعن اخذ العين المبيعة بالشفعة نظير الثمن الذى اظهره الخبير وقدره ٣٠٨ جنيهات و ٥٣٣ مليما ينطوى على الطعن بالصورية على الثمن المسمى فى عقد البيع وقدره ٤٣٦ جنيها ٣٣٠ مليما وكان الحكم المطعون فيه قد اطلق واعتبر انه مادام الشفيع لم يودع خزانة المحكمة كامل الثمن المسمى فى عقد البيع فانه يسقط حقه فى الشفعة عملا بالمادة ٩٤٣ من القانون المدنى مما مفاده ان المحكمة اعتبرت ان هذا السقوط يقع ولو ثبت أن الثمن المسمى فى العقد يزيد على الثمن الحقيقى الذى انعقد به البيع وقد حجبها هذا التقرير القانونى الخاطىء عن بحث الصورية المدعاه ، فان الحكم يكون معيبا بما يستوجب نقضه . (نقض ١٩٦٣/١٢/٥ - السنة ٢٤ العدد الثالث ص ١١٣١)

٨ - وحيث إن هذا النعى مردود بأن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أنه إن كان الشفيع بحكم كونه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة إلى طرفى عقد البيع سبب الشفعة وبالتالى يحق له ان يتمسك بالعقد الظاهر فلا يحتج عليه بالعقد المستتر إلا ان شرط ذلك ان يكون حسن النية بمعنى الا يكون عالما بصورية العقد الظاهر وقت اظهار رغبته فى الأخذ بالشفعة فاذا انتفى عنه حسن النية بأن ثبت علمه بالعقد الحقيقى المستتر جاز للمتعاقدين الاحتجاج عليه بهذا العقد . ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى ان الطاعن طالب الشفعة كان على علم بان الثمن الحقيقى الذى بيعت به العين المشفوع فيها هو مبلغ ٢١٣٥ ج وليس ٤٩٠ ج كما ذكر فى عقد البيع المسجل - وهو العقد الظاهر - وأنه رغم ذلك اكتفى بايداع الثمن الوارد فى هذا العقد ورتب على عدم ايداعه كل الثمن الحقيقى الذى حصل البيع به قبل رفع دعوى الشفعة سقوط حقه فى الشفعة بالتطبيق لحكم المادة ٩٤٢ من القانون المدنى فان هذا الحكم لا يكون مخالفا للقانون ولا يغير من الأمر ما يقوله الطاعن من ان الباعث على الصورية غير مشروع لانه قصد بها التهرب من اداء بعض رسوم التسجيل على عقد البيع ذلك ان نص المادة ٢٤٤ من القانون لمدنى قد جعل المناط فى جواز تمسك الغير بالعقد الظاهر الصورى هو استثناء وارد على خلاف الأصل الذى يقضى بسريان العقد الحقيقى الذى آراده المتعاقدان وقد شرع هذا الإستثناء لحماية الغير الذى كان يجهل وجود هذا العقد وانخدع بالعقد الظاهر فاطمان اليه وبنى عليه تعامله على اعتقاد منه بانه عقد حقيقى فاذا كان يعلم وقت تعامله بصورية هذا العقد وبوجود عقد أخر حقيقى وهو العقد المستتر انتفت حكمة هذا الاستثناء ويكون الغير فى هذه الحالة ليس جديرا بحماية القانون هذا الى انه ما دام العقد المستتر المراد الاحتجاج به على الطاعن يتضمن الثمن الحقيقى الذى تم به البيع والذى تحدد على اساسه رسوم التسجيل المستحقة للخزانة العامة فان الاعتداد بهذا العقد لا يترتب عليه تضييع شىء من حقوق هذه الخزانة ومن ثم فان القول بتمكين المشترى من جنى ثمار تدليسة لا يصادف محلا فى حالة الاعتداد بذلك العقد اما القول بوجوب معاملة المتعاقدين على اساس

العقد الظاهر وبامتناع إثبات الصورية المدعاه ولو كان الطاعن عالما بها وذلك جزاء للمتعاقدين على محاوتهما التحايل على القانون فان هذا القول علاوة على مخالفته لعموم نص المادة ٢٤٤ أنف الذكر الذى لم يفرق بين ما إذا كان الباعث على الصورية مشروعا أو غير مشروع فانه ينطوى على توقيع عقوبة على المتعاقدين دون نص يخول توقيعها - اما ما ينعاه الطاعن على قضاء محكمة الإستئناف بالترخيص للمطعون ضده الأول المشترى بإثبات الصورية بشهادة الشهود والقرائن فانه لما كان المقرر بان قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة والقرائن فيما يجب إثباته بالكتابة ليست من النظام العام وكان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بعدم جواز اثبات العقد المستتر وعلم الطاعن به بالبينة والقرائن فانه لا يجوز له التحدى بذلك لأول مرة امام محكمة النقض . هذا إلى انه مادام العقد المستتر كان ثابتا بالكتابة فى العقد الابتدائى فان اثبات علم الطاعن بهذا العقد يكون إثباتا لواقعة مادية فيجوز إثبات هذا العلم بشهادة الشهود والقرائن .

وحيث إنه لما تقدم يكون الطعن على غير أساس متعينا رفضه .
(نقض ٣٠/١٢/١٩٦٥ السنة ١٦ ص ١٣٨٤)

٩ - وحيث إن هذا النعى غير صحيح ، ذلك ان الحكم المطعون فيه اقام قضاءه بقبول الدفع بسقوط حق الطاعن فى الشفعة على قوله « وحيث أن اثبات إبتداء أن المستأنف ضده (الطاعن) قد اختصم فى الدعوى كلا من المستأنفة وأخر لشراء المستأنفة الدكانين موضوع الدعوى وشراء هذا الاخير دكانا ثالثا فى نفس العقار ومن نفس البائعين وانه تنازل عن مخاصمة هذا الاخير لانه تنازل عن الدكان الذى اشتراه وهو الدكان رقم ٨ لقاء ثمن قدره ١٥٠ قرش وثابت ايضا ان الدكانين موضوع النزاع مساحتهما ٤٧.٨٠ مترا مربعا وأن الدكان رقم ٨ الذى تنازل المستأنف ضده عن مخاصمه مشتريه مساحته ٦.٢٠ مترا مربعا وإذ كانت الدكاكين الثلاثة فى نفس العقار وفى نفس الموقع وليس ثمة مايميز احدها عن الآخر فان ثمن المتر الواحد لايقل بحال عن ٢٥ ج تقريبا فاذا اخذ ثمن المتر فى الاعتبار فى شأن الدكانين المشفوع فيهما فان ثمنهما الحقيقى يربو حتى على الثمن الوارد فى العقد وإذا استبان

ذلك وثبت ان المستأنف لم يودع خزينة المحكمة إلا مبلغ ٧٠٠ ج على ذمة الصفقة كلها أى الدكاكين الثلاثة فيكون بذلك لم يدفع كامل الثمن الحقيقى للعقد » . ولما كان هذا الذى استخلصه الحكم سائغا وله اصله الثابت فى الأوراق ومن شأنه ان يؤدى إلى ما إنتهى اليه من الأخذ بالثمن الوارد فى عقد البيع المبرم بين المطعون ضدها الأولى وباقى المطعون ضدهم وكان ماقرره الحكم المطعون فيه يفيد ان محكمة الموضوع رأت فى القرينة التى اعتمدت عليها فى قضائها مايكفى لاقناعها بفساد إدعاء الطاعن بصورية الثمن الوارد فى ذلك العقد ، فانه يكون فى هذا الذى قرره الحكم التعليل الضمنى لعدم اخذه بما قرره شاهدا الطاعن فى التحقيق الذى اجرته محكمة الدرجة الأولى فى شأن هذه الصورية ولا إلزام على محكمة الموضوع بالأخذ بنتيجة هذا التحقيق وحسبها ان يتضمن حكمها بيان اسباب عدم اخذها بهذه النتيجة ، كما أنه لاتثريب على محكمة الاستئناف اذا هى لم ترد استقلالا على اسباب الحكم الابتدائى الذى ألغته مادام حكمها محمولا على اسباب تسوغ النتيجة التى إنتهى اليها . لما كان ماتقدم وكان لاوجه لتعييب الحكم المطعون فيه لاخذه بقرينة لم تقدم إلى المحكمة الابتدائية ذلك لانه يجب على محكمة الاستئناف ووفقا للمادة ٤١٠ من قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ ان تنظر الاستئناف على اساس مايقدم لها من أدلة ودفوع وأوجه دفاع جديدة وما كان قد قدم من ذلك إلى محكمة الدرجة الأولى . لما كان ماتقدم وكان الطاعن لم يطلب من محكمة الموضوع ندب خبير لتقدير قيمة الدكانين وإنما طلبت ذلك المطعون ضدها الأولى على سبيل الاحتياط فإنه لايكون للطاعن ان يعيب على المحكمة عدم اتخاذها هذا الاجراء لان تقدير لزومه وعدم لزومه من اطلاقاتها .

وحيث ان حاصل الوجه الرابع ان الحكم المطعون فيه اخطأ فى تطبيق القانون ذلك انه أقام قضاءه بقبول الدفع بسقوط حق الطاعن فى الشفعة على أساس انه لم يودع كامل الثمن الحقيقى للبيع مع انه لم يوجه إلى الطاعن انذارا من البائعين أو المشترية وفقا للمادتين ٩٤٠ و٩٤١ من القانون المدنى وإنما هو الذى بادر بتوجيه الاعلان اليهم برغبته فى الأخذ بالشفعة بالثمن الذى علم به وسكتوا عن الرد عليه ولم يعترضوا على هذا

الثمن الذى قام بإيداعه واحتفظ بحقه فى تكملته إلى الثمن الذى يثبت انه الثمن الحقيقى ولكن المطعون ضدها الأولى لم تقدم عقد شرائها إلا أثناء نظر الدعوى امام محكمة أول درجة بعد مضى سنة ونصف على رفع الدعوى وقد حضرت فى الجلسات السابقة ولم تطعن على الثمن المودع ودون ان تدفع بسقوط الحق فى الشفعة لعدم ايداع كامل الثمن ، ومع ذلك اعتبر الحكم المطعون فيه الثمن الوارد بالعقد هو الثمن الحقيقى ولم يعتد بايداع الطاعن الثمن الذى ذكره فى إنذاره للمطعون ضدهم باعلان الرغبة وسكتوا عن الرد عليه مما يدل على اقرارهم بصحته ، كما رتب الحكم على ذلك سقوط حق الطاعن فى الشفعة رغم عدم إنذاره من المشترية أو البائعين على الوجه المبين فى المادة ٩٤١ وبهذا أخطأ الحكم فى تطبيق القانون .

وحيث إن هذا النعى غير سديد ، ذلك ان الطاعن وان كان قد بادر باعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة إلى المشترية والبائعين قبل أن يوجه إليه أيهم الانذار الرسمى المنصوص عليه فى المادة ٩٤٠ من القانون المدنى وأودع خزانة المحكمة الثمن الذى علم بأن البيع حصل به وقدره ٥٥٠ ج ثم رفع دعوى الشفعة طالبا اخذ العقار بالشفعة مقابل الثمن الذى أودعه مبديا إستعداده لتكملته فى حالة ثبوت حصول البيع بأكثر منه إلا انه حين قدمت المشتريه عقد البيع الصادر اليها من البائعين والثابت فيه حصول البيع مقابل ثمن قدره ألف جنيه لم يقم الطاعن بايداع الفرق بين هذا المبلغ وبين ماأودعه ، وإنما لجأ إلى الطعن بصورية الثمن الوارد فى العقد ، وإذ كانت محكمة الاستئناف قد انتهت إلى ان الى أن الثمن الذكور فى العقد هو الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع فعلا وكان الطاعن (طالب الشفعة) لم يودع كل هذا الثمن طبقا لما توجيه المادة ٩٤٢ من القانون المدنى بعد ان علم به علما يقينيا من عقد البيع الذى قدمته المشترية (المطعون ضدها الأولى) فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بسقوط حقه فى الأخذ بالشفعة لعدم ايداعه كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع وذلك بالتطبيق لنص الفقرة الثانية من المادة ٩٤٢ من القانون المدنى فانه يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا لأنه إذا صح للطاعن ان يحتج بعدم علمه بحقيقة الثمن الذى

حصل به البيع عند الايداع ورفع دعوى الشفعة ، فانه لايكون لهذا الاحتجاج وجه بعد تقديم عقد البيع من المشتريه الثابت به الثمن الذى حصل به البيع كمالا يعفى الطاعن من إيداع هذا الثمن كونه طعن عليه بالصورية لانه فى هذه الحالة يكون مجازفا فيتحمل خطر هذه المجازفة إذا اخفق فى إثبات هذه الصورية .

وحيث إنه لما تقدم يتعين رفض الطعن . (نقض جلسة ١/٥/١٩٦٩ - السنة ٢٠ ص ٧٠٨)

٩ مكرر - ان القانون لايشترط لصحة العرض الحاصل من الشفيع ان يكون بالثمن المسمى فى العقد لاحتمال ان يكون هذا غير حقيقى فلا يكون عدلا ان يرتبط به الشفيع وكل مايطلب من الشفيع هو ان يعرض الثمن الذى يعرف انه الثمن الحقيقى حسبما وصل إلى علمه فاذا نازعه المشترى فى مقداره قضت المحكمة بالشفعة بالثمن الذى يتبين لها انه الثمن الحقيقى ، واذا كان القانون لم يشترط ان يكون عرض الثمن على المشترى عرضا حقيقا يتبع ايداعه ، ولم يجعل للشفيع حق تسلم المبيع اذا أودع الثمن على ذمة المشترى ، فالشفيع والحالة هذه لايضار بابداء استعداده لأخذ المبيع بثمنه الحقيقى الذى تقضى به المحكمة لان هذا لايكلفه شيئا اكثر مما يطلب ، والمشترى من جهة اخرى لايستفيد سن ابداء هذا الاستعداد لان المرجع فى نهاية الامر إلى كلمة القضاء الملزمة للطرفين . (نقض جلسة١١ / ١ / ١٩٤٥ - طعن رقم ١٧ سنة ١٤ ق) .

١٠ - الشفيع لايكلف قانونا بعرض الثمن الوارد فى العقد ، بل الذى عليه ان يعرض مايعرف انه الثمن الحقيقى بالغا مابلغ مع حفظ حقه فى اثبات ذلك بكل طرق الاثبات كما ان خلو انذار الشفعة من عرض الملحقات لايعيبه مادام الشفيع كان معتقدا عند ابداء الرغبة فى الاخذ بالشفعة انه ليس من الملحقات . (نقض ١٥ /٦/ ١٩٥٠ - طعن رقم ١٠ سنة ١٩ ق) .

١١ - الشفيع يعتبر من الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع المشفوع فيه بحيث لايحاج بما ورد فيه ، ويجوز له اثبات مايخالفه بكافة طرق الاثبات القانونية ، الا انه يجوز للشفيع مع هذا ان يتمسك اذا شاء قبل طرفى

البيع بما ورد فيه ولايكون لهما فى هذه الحالة ان يحتجا قبله بصوريته او ان يتمسكا قبله بعقد آخر خلاف ذلك الا اذا ثبت انه كان سىء النية بان كان يعلم بحقيقة العقد المستتر وبصورية العقد الظاهر المشفوع فيه .
(نقض ٢٥ / ٦ / ١٩٨٥ طعن رقم ١٧١٧ لسنة ٥٢ قضائية) .

١٢ - من المقرر - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - ان للشفيع باعتباره من الغير الاخذ بالعقد الظاهر حتى ولو كان فى حقيقته عقدا صوريا بين عاقديه دون اعتداد قبله بالعقد الحقيقى المستتر الا ان يكون سىء النية اى يعلم بصورية العقد الظاهر وحقيقة العقد المستتر ، وعلى من يدعى سؤ نية الشفيع اثبات ذلك ، فان عبء اثباته فى هذه الحالة يقع على عاتق المشفوع ضده . بحيث اذا افلح فى ذلك اعتد قبل الشفيع بالعقد المستتر اما اذا اخفق ظلت الحجة للعقد الظاهر . (نقض ١٥ / ١ / ١٩٨٥ طعن رقم ١٤٥٠ لسنة ٥٠ قضائية) و(نقض ٧ / ٦ / ١٩٨٢ الطعن رقم ١٧١٦ السنة ٤٨ ق ، نقض ١٩ / ١٢ / ١٩٨٠ الطعن رقم ١٠٥٩ لسنة ٤٧ ق) .

١٣ - استقر قضاء هذه المحكمة على ان الشفيع بحكم انه صاحب حق فى اخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة ، فلا يحتج عليه بغير العقد الظاهر ، وإذن فمتى كانت الاطيان المشفوع فيها مملوكة لمصلحة الاملاك الاميرية وان لمالكيها الاصليين حق استردادها بحكم القانون فى خلال فترة معينة ، ثم تنازلا عن هذا الحق إلى المشترى الذى تعاقد مع مصلحة الاملاك ولم يشر فى هذا العقد الا لاقرارى تنازل صاحبى حق الاسترداد ولم يرد فيه ذكر للعقد الذى سبق ابرامه بين المتنازلين وبين المشترى والذى يتضمن ان مصلحة الاملاك تحرر عقدا لاحد المتنازلين وهذا يحرر بدوره عقدا للمشترى ، وكان هذا المشترى لم يتمسك فى دفاعه فى آى مرحلة من مراحل التقاضى بان الشفيع كان يعلم بالعقد المستتر حتى كان يصح الاحتجاج عليه بما ورد فيه ، فان النعى على الحكم بانه مسخ نصوص العقد المستتر ، أو اخطأ فى تكييفه ، أو انه لم يبت فى صوريته ، كل هذا النعى يكون غير منتج اذ الشفيع لايمكن ان يحاج به مادام البيع الذى صدر من مصلحة الاملاك بوصفها بائعة إلى المشترى هو الذى تقام على

اساسه دعوى الشفعة . (نقض ٢٥ / ٣ / ١٩٥٤ - الطعنان رقما ١٤٦ ، ١٤٧ لسنة ٢١ ق) .

١٤ - ان التحايل لابطال الشفعة مناقض للغرض المقصود منها لان الشفعة شرعت لدفع الضرر ، فاذا ما جيز التحايل لابطالها كان ذلك مناقض مقصود الشارع فكل تحايل لابطال الشفة لايصح للمحاكم ان تقره بوجه من الوجوه . (نقض ١٧ / ٥ / ١٩٤٥ - طعن رقم ١٠٥ لسنة ١٤ قضائية)

١٥ - ان استخلاص المحكمة من ظروف الدعوى ووقائعها ان المشترى قد أراد تجزئة الصفقة التى اشتراها للتحايل لمنع من له ان يشفع فيها من اخذها بالشفعة هو من أمور الموضوع التى يفصل فيها قاضى الدعوى دون معقب عليه . (نقض ١٧ / ٥ / ١٩٤٥ - طعن رقم ١٠٥ لسنة ١٤ قضائية) .

١٦ - ادعاء الشفيع بصورية الثمن الوارد فى عقد البيع لايعفيه من واجب اعلان رغبته فى الاخذ بالشفعة فى الميعاد القانونى ، وله بعد ذلك ان يطعن فى هذا الثمن امام المحكمة ويثبت صوريته بجميع طرق الاثبات القانونية . (الطعن رقم ٢٨٤ لسنة ٢٨ ق نقض جلسة ٧ / ١١ / ١٩٦٣) .

١٧ - انه وان كان يجوز للشفيع ان يثبت بكافة الطرق القانونية بما فيها البينة ان الثمن الوارد فى عقد المشترى ليس هو الثمن الحقيقى للعين المشفوع فيها بل هو ثمن صورى تواطأ عليه البائع والمشترى بقصد تعجيزه عن الاخذ بالشفعة الا ان ذلك لايسلب القاضى سلطته فى اجابة هذا الطلب أو رفضه تبعا لما يتراءى له من عناصر الدعوى . فاذا توافر لديه الدليل على صحة الثمن المسمى فى العقد كان له رفض طلب الاحالة على التحقيق واذن فمتى كانت الطاعنة اذا طلبت الاحالة على التحقيق لم تسند طلبها بقرينة تؤيد بها صورية الثمن المسمى فى العقد بل على العكس قامت لدى المحكمة قرينة تؤيد صحته وهى شراء نفس الطاعنة اطيانا شائعة فى نفس الحوض فى تواريخ قريبة من تاريخ العقد سبب الشفعة باثمان تزيد على الثمن المسمى فى العقد الاخير ، فان المحكمة لاتكون قد اخطأت فى تطبيق القانون اذ رفضت بما لها من سلطة

التقدير احالة الدعوى على التحقيق بعد أن تبين لها صحة الثمن المسمى فى العقد من القرينة المشار اليها . (نقض ٢٨ / ٥ /١٩٥٣ طعن رقم ١٦٠ السنة ٢١ قضائية) .

١٨ - الشفيع بحكم انه صاحب حق فى اخذ العقار بالشفعة هو - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - من طبقة الغير بالنسبة إلى الطرفين المتعاقدين البائع والمشترى فله ان يتمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر ومن ثم لايجوز ان يحاج بالعقد المستور الا اذا كان هذا العقد مسجلا او كان هو عالما بصورية العقد الظاهر أو بوجود ورقة ضد . واذن فمتى كان الحكم المطعون قد خالف مقتضى هذه القاعدة وقضى بعدم جواز اخذ العقارات المبيعة بالشفعة تأسيسا على ان عقد البيع ليس فى حقيقته إلا عقدا ساترا لهبة فلا تجوز فيه الشفعة ، وكان هذا الخطأ قد صرف المحكمة عن بحث ما دفع به المطعون عليهما دعوى الطاعنين من ان حقهما فى الشفعة قد سقط لمضى المدة القانونية من تاريخ العلم بالبيع ، لما كان ذلك .. كان الحكم متعين النقض . (نقض ١٥ / ٥ / ١٩٥٢ الطعنان رقما ١٧٢ ، ١٧٩ لسنة ٢٠ ق)

١٩ - الشفيع يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لعقد البيع سبب الشفعة فلا يحتج عليه الا بالعقد الظاهر دون المستتر بشرط ان يكون حسن النية غير عالم بصورية العقد الظاهر وقت اظهار رغبته .. لما كان ذلك وكان الطاعن لم يدع علم الشفيعين بان عقد البيع سبب الاخذ بالشفعة يستر هبة ، فلا على محكمة الموضوع ان هى لم تجب طلب الطاعن احالة الدعوى الى خبير أو إلى التحقيق لاثبات العقد المستتر الذى ادعاه وايا كان وجه الرأى فى السبب الذى بررت به رفضها لهذا الطلب مادامت النتيجة التى انتهت اليها بالاعتداد بالعقد الظاهر فى شأن طلب الاخذ بالشفعة تتفق وصحيح القانون . (نقض ٢٤ / ١ / ١٩٨٤ طعن رقم ٤٨٧ السنة ٥٠ قضائية) .

صورية عقد البيع الصادر من المشترى الأول إلى : المشترى الثانى - وأثره فى الشفعة :

نصت المادة ٩٤٢ / ١ مدنى على أن إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسميا وإلا كان باطلا ، ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا ، سجل .

ومؤدى هذا النص أن تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ليس إجراء ضروريا من إجراءات الشفعة ، وإنما هو طريق بجعل هذا اعلان حجة على الغير ، فإذا لم يسجل الشفيع هذا الإعلان فإنه بعرض نفسه لخطر تصرف المشترى فى العقار المشفوع فيه ويصبح هذا التصرف نافذا فى حق الشفيع مادام قد صدر قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة حتى لو صدر بعد ذلك حكم يقضى بثبوت حق الشفعة للشفيع ، فإذا باع المشترى العقار المشفوع فيه لمشتر ثان قبل تسجيل إعلان طلب الشفعة فإن هذا البيع الثانى يكون نافذا فى حق الشفيع وينفسخ البيع الأول من ناحية الأخذ بالشفعة ، ويتعين على الشفيع عندئذ أن يطلب الشفعة فى البيع الثانى فى مواعيده وبشروطه عملا بالمادة ٩٣٨ مدنى وتبطل الاجراءات التى يكون الشفيع قد باشرها للأخذ بالشفعة فى البيع الأول ، وقد يكون التصرف الذى صدر من المشترى الأول كبيعه العقار لأحد اقاربه أو هبته للعقار تصرفا صوريا قصد به التحايل لمنع الشفعة فيجوز للشفيع حينئذ ان يثبت بجميع الطرق صورية التضرف وعند ذلك يكون هذا التصرف غير موجود ، فلا ينفسخ البيع الذى صدر من المالك للمشترى الأول ويستطيع الشفيع أن يأخذ بالشفعة فى هذا البيع الأول بشروطه فى مواعيده ، أما إذا لم يستطع الشفيع أن يثبت صورية التصرف الصادر من المشترى الأول فإنه يعد بيعا جديا ، ولا يؤخذ بالشفعة إلا فيه ويجب على الشفيع فى هذه الحالة أن يوجه طلب الشفعة إلى كل من المشترى الأول والمشترى الثانى دون البائع للمشترى الأول لأن الشفعة إنما تطلب فى البيع الثانى المبرم ما بين المشترى الأول والمشترى الثانى ، لا فى البيع الأول المبرم ما بين البائع والمشترى .

(الوسيط للدكتور السنهورى الجزء العاشر ص ٥٢٢) .

وقد يكون البيع الصادر من المشترى الأول للمشترى الثانى جدى إلا أن الثمن المسمى فى العقد صورى صورية نسبية ، بأن أتفق البائع والمشترى على زيادة الثمن المسمى فى العقد ، وفى هذه الحالة يجوز للشفيع أن يثبت صورية الثمن بشهادة الشهود والقرائن وعليه أن يثبت فى هذه الحالة الثمن الحقيقى على النحو الذى سبق بيانه فى شرح صورية الثمن المسمى فى العقد .

وإذا دفع الشفيع بصورية عقد البيع الثانى ، وفلح فى إثبات ذلك أعتبر البيع الصادر من المالك للمشترى الأول قائما وهو الذى يعتد به فى الشفعة دون البيع الثانى الذى لا وجود له ، مما يغنى الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشترى الثانى ، إلا أنه يجب أن يتبع إثبات الصورية فى مواجهة المشترى الثانى لأنه هو صاحب الشأن الأول فى نفى الصورية وإثبات جدية عقده ليكون الحكم الذى يصدر بشأن عقده حجة له أو عليه ، وعلى ذلك يتعين على الشفيع أن يدخل المشترى الثانى فى الدعوى ليثبت الصورية فى مواجهته ولا يشترط فى هذه الحالة توجيه إجراءات دعوى الشفعة إليه لأنه لو ثبت صورية عقده فإن ذلك يغنيه عن طلب توجيه إجراءات الشفعة إليه ، وإذا لم يدخل الشفيع المشترى الثانى خصما فى الدعوى إلا أنه تدخل فيها طالبا رفض الدعوى لأنه أشترى العقار من المشترى الأول فإنه يجوز للشفيع أن يدفع بصورية عقد المتدخل ، فإذا أحالت المحكمة الدعوى للتحقيق ليثبت الشفيع صوريَة العقد ، فإن المشترى الثانى يعتبر فى هذه الحالة خصما فى الدعوى ، وإذا لم يدخل الشفيع المشترى الثانى فى الدعوى آمام محكمة أول درجة وقضت المحكمة بعدم قبول الدعوى لعدم اختصامه فإنه لا يجوز للشفيع إدخاله أمام محكمة الاستئناف لأنه لم يكن خصما آمام محكمة أول درجة عملا بالمادة ٢٣٦ مرافعات والتى تنص على أنه « لا يجوز فى الاستئناف إدخال من لم يكن خصما فى الدعوى الصادر فيها الحكم المستأنف مالم ينص القانون على غير ذلك ».. ذلك لأن الخصومة تتحدد أمام المحكمة الاستئنافية بالأشخاص الذين كانوا مختصمين أمام محكمة أول درجة وبنفس الصفة التى اختصموا بها أمامها . والقول بغير ذلك يعنى إضاعة درجة من درجتى التقاضى على من يدخل لأول مرة

ولهذا فالقاعدة أنه لا يجوز إدخاله شخص لم يكن طرفا أمام محكمة أول درجة كخصم لأول مرة فى الاستئناف ، وذلك سواء بناء على طلب أحد الأفراد أو بأمر المحكمة ، إنما يكون ممكنا فقط إدخال شخص فى الاستئناف لتقديم مستند تحت يده « المادة ٢٦ إثبات » ذلك أنه لا يعتبر بهذا الإدخال طرفا فى الخصومة .

كذلك فمن المقرر عدم جواز التدخل الاختصامى فى الاستئناف إذ من شأنه حرمان طرفى الخصومة من إحدى درجتى التقاضى - بالنسبة لطلب المتدخل - أما التدخل الانضمامي فجائز فى الاستئناف بشرط أن يكون الاستئناف قد رفع صحيحا فى الميعاد فلا يقبل التدخل فى استئناف غير جائز أو مرفوع بعد الميعاد .

أحكام النقض :

١ - وحيث أن هذا النعى فى محله ، ذلك أنه - وعلى ما سبق لهذه المحكمة القضاء به - يجب على الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع أن يستعمل حقه وفقا للمادة ٩٣٨ من القانون المدنى ضد المشترى الثانى وبالشروط التى إشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة فالوقت المعول عليه لعدم الإحتجاج على الشفيع بالبيع الثانى هو وقت تسجيل إعلان الرغبة لا وقت حصول الإعلان ومما يؤيد هذا النظر المادة ٩٤٧ من القانون المدنى التى تقضى بأنه لا يسرى فى حق الشفيع اى تصرف يصدر من المشترى إذا كان قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة ما مؤداه بمفهوم المخالفة انه لا يحق للشفيع أن يتحلل من واجب إدخال المشترى الثانى فى دعوى الشفعة ، طالما انه قد ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان رغبة الشفيع وأن المادة ٩٣٢ من ذات القانون قد أكدت هذا النظر إذ قضت بأن إعلان الرغبة فى الشفعة لا يكون حجة على الغير إلا إذا سجل وكان لا عبرة بما تسوقه المطعون ضدها الأولى فى هذا الصدد من أن عقد المشترى الثانى عقد صورى قصد به التحايل لمنع الشفعة إذ أن دعوى الشفعة لا تكون مقبولة إلا إذا دارت الخصومة فيها بين جميع أطرافها مهما تعددوا

الأمر الذى يستلزم أن توجه الدعوى إلى المشترى الثانى إذ هو صاحب الشأن الأول فى نفى الصورية وإثبات جدية عقده . لما كان ما تقدم وكان يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده الأخير أخطر المطعون ضدها الأولى بحصول البيع الثانى إليه وذلك بالإنذار المعلن إليها فى ١٣ من ديسمبر سنة ١٩٦٤ أى فى تاريخ سابق على تسجيل إعلان رغبتها الذى لم يتم إلا يوم ٢٢ من ذلك الشهر وكانت المطعون ضدها الأولى قد اقتصرت فى دعوى الشفعة التى أقامتها بعد ذلك فى ٢٤ ، ٢٦ من ديسمبر سنة ١٩٦٤ على اختصام الطاعن وباقى المطعون ضدهم عدا الأخير وهو المشترى الثانى ، وإذ إنتهى الحكم المطعون فيه إلى أن قعود المطعون ضدها الأولى عن اختصام المطعون ضده الأخير على الرغم من ثبوت تلك الوقائع يجعل دعواها بالشفعة مقبولة فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ولا يغير من ذلك تدخل المطعون ضده الأخير فى الدعوى بجلسة ٢٩ من ديسمبر سنة ١٩٦٥ لأن شرط إمكان القول باستقامة الدعوى بتدخله أن يكون هذا التدخل قد حصل قبل الميعاد المقرر فى المادة ٩٤٣ من القانون المدنى لرفع دعوى الشفعة وقد ثبت من تدوينات الحكم عدم تحقق ذلك فى الدعوى الراهنة وبذلك يكون النعى على الحكم المطعون فيه بهذا السبب فى محله بما يستوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن .

وحيث إن الموضوع صالح للفصل فيه ، ولما تقدم يتعين القضاء بإلغاء الحكم المستأنف وبعدم قبول الدعوى .

(نقض جلسة ١٣ / ١١ / ١٩٧٣ - السنة ٢٤ ص ١٠٧٠) .

٢ - وحيث إن هذا النعى مردود بأنه وإن كان مفاد نص المادة ٩٣٨ من التقنين المدنى أنه إذا صدر من مشترى العقار المشفوع فيه بيع لمشتر ثان قبل إعلان أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإنه يسرى فى حق الشفيع ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى إشترى بها إلا أن ذلك مشروط بألا يكون البيع الثانى صوريا فإن إدعى الشفيع صوريته كان من حقه - باعتباره من الغير - إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن فإن أفلح أعتبر البيع الصادر من المالك للمشترى

الأول قائما وهو الذى يعتد به فى الشفعة دون البيع الثانى الذى لا وجود له ، ولما كان ذلك وكان استخلاص الصورية من أدلتها مما تستقل به محكمة الموضوع لتعلقه بفهم الواقع فى الدعوى ما دام الاستخلاص سائغا ، وكان من ضمن ما حصله الحكم المطعون فيه وأثبته بمدوناته واستخلص منه صورية عقد البيع الثانى المؤرخ ٢٥ / ٥ / ١٩٦٩ أن الطاعنة تقاعست عن إخطار المشفوع ضدهما بالبيع الذى تدعى صدوره منها بتاريخ ٢٥ / ٤ / ١٩٦٩ حتى يوم ٥ / ٧ / ١٩٦٩ بعد أن قاما بإعلانها هى والبائعين لها بتاريخ ٧ و ١٢ / ٦ / ١٩٦٩ برغبتهما فى أخذ العقار المبيع بالشفعة وقيامهما بتسجيل ذلك الإعلان فى ١٦ / ٦ / ١٩٦٩ وإيداعهما الثمن خزانة المحكمة فى ٢٩ / ٦ / ١٩٦٩ ثم رفعهما الدعوى بعد ذلك فضلا عن أن الثمن المسمى فى عقد البيع الثانى يربو على ضعف الثمن المسمى فى عقد البيع الأول وبالرغم من أن المدة بين العقدين قصيرة بما يدل على صورية عقد البيع الثانى رغبة من الطاعنة فى الحيلولة بين الشفيعين وبين حقهما فى أخذ العقار بالشفعة ، وإذ كان من شأن هذه القرائن أن تؤدى إلى ما رتبه الحكم عليها وتكفى لحمل قضائه بصورية عقد البيع البيع الثانى المؤرخ ٢٥ / ٣ / ١٩٦٩ فإن ما تثيره الطاعنة فى هذا المقام لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى تقدير الأدلة وهو ما تنحسر عنه رقابة محكمة النقض .

(نقض جلسة ١١ / ٦ / ١٩٧٥ - السنة ٢٦ ص ١٢٠١) .

٣ - وحيث إن هذا النعى غير سديد . ذلك أنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يجب على الشفيع الذى يريد الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع أن يستعمل حقه وفقا للمادة ٩٣٧ من القانون المدنى قبل المشترى الثانى وبالشروط التى إشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة . ولما كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المطعون عليهما الأول والثانى بوصفهما مشترين للعقار المشفوع فيه أخطرا الطاعنين ببيع ذلك العقار إلى ... ... ، وتم هذا الإخطار بإنذار أعلن للطاعنين فى ٥ / ٤ / ١٩٧٢ أى قبل تسجيل إبداء الرغبة فى الأخذ بالشفعة الحاصل فى ١١ / ٤ / ١٩٧٢ فقد وجب اختصام هذا المشترى الأخير فى

الدعوى ، ولا يغير من هذا النظر ما دفع به الطاعنان من أن عقد الشراء التالى عقد صورى صورية مطلقة ، ذلك أن دعوى السفقة لا تكون مقبولة إلا إذا دارت الخصومة فيها بين جميع أطرافها مهما تعددوا ، الأمر الذى يستلزم أن توجه الدعوى إلى المشترى الثانى ولو إدعى بصورية عقده إذ هو صاحب الشأن الأول فى نفى هذه الصورية وإثبات جدية عقد شرائه . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أخذ بأسباب الحكم الابتدائى فيما إنتهى إليه من سقوط حق الطاعنين فى الأخذ بالشفعة لعدم اختصامهما المشترى الأخير ، فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ، هذا ولما كان الحكم المطعون فيه قد رد على طلب الطاعنين وقف الدعوى إلى حين الفصل فى الدعوى رقم ... ... مدنى طنطا الابتدائية بقوله « أن الطعن بالصورية لا يمنع من اختصام المشترى الثانى المطعون فى عقده فى دعوى الشفعة ، وفى هذه الدعوى يطعن فى العقد بالصورية فيكون الحكم حجة على المشترى إذ قد أدخل خصما فى الدعوى » . وكان هذا الذى قرره الحكم لا مخالفة فيه للقانون ويكفى للرد على هذا الدفاع ، فإن النعى عليه بهذا السبب يكون فى غير محله .

(نقض جلسة ٢٨ / ٢ / ١٩٧٨ - السنة ٢٩ ص ٦٢٢) .

٤ - وحيث إن حاصل سبب النعى الخطأ فى القانون ، ذلك أن الحكم المطعون فيه آقام قضاءه بعدم قبول الدعوى على أن مصلحة الطاعنين فى إثبات صورية العقد الصادر من المطعون عليهما الأولين إلى المطعون عليه الثالث قد زالت بعد أن قضى نهائيا فى الاستئناف رقم ٩٥٠ سنة ٢٩ ق اسكندرية بسقوط حقهما فى أخذ العقار موضوع هذا العقد بالشفعة لعدم إدخال المشترى الثانى (المطعون عليه الثالث) فى الدعوى المذكورة ، وأنه ليس من شأن الطعن بالنقض المرفوع منهما فى الحكم الصادر فى دعوى الشفعة أن يحقق لهما مصلحة مادام لم يقض بنقضه أو وقف تنفيذه ، فى حين أن مصلحة الطاعنين واضحة إذ يبتغيان تقرير حق قانونى هو صورية العقد صورية مطلقة مما يجعل الدعوى مقبولة دون البحث فى وجود مبرر لقيام المصلحة فيها . بالإضافة إلى آن مجرد الطعن بالنقض فى الحكم الصادر فى دعوى الشفعة يتوافر به المصلحة المحتملة التى تكفى لقبول الدعوى .

وحيث أن هذا النعى مردود ، ذلك بأنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يبين أنه أسس قضاءه على قوله « أن دعوى المستأنفين (الطاعنين) بصورية عقد المشترى الثانى (المطعون عليه الثالث) لا تعدو – على ما هو ثابت من وقائع النزاع – أن تكون دعوى خادمة لدعواهما بالشفعة كان حريا أن يثور موضوعها كدفاع فى دعوى الشفعة ذاتها إذا كان المستأنفان قد اختصما فيها هذا المشترى الثانى أو كان هذا الأخير قد تدخل فيها وليس فى الأوراق ما يدل على أن للمستأنفين مصلحة أخرى حقيقية من رفع دعوى الصورية كما أنهما لم يفصحا عن وجود مثل هذه المصلحة مع ما هو مقرر من عدم كفاية المصلحة النظرية كمبرر لرفع الدعوى أو الاستمرار فيها ومؤدى ذلك أن مصلحة المستأنفين فى الاستمرار فى دعواهما بالصورية تزول بصدور حكم نهائى حائز لقوة الأمر المقضى فى دعوى الشفعة ... ولما كان الثابت من الأوراق أن حكما صدر نهائيا حائزا لقوة الأمر المقضى فى الشفعة بسقوط حق المستأنفين فى أخذ العقار المبيع بالشفعة فتكون مصلحة المستأنفين فى الاستمرار فى دعواهما بصورية عقد المشترى الثانى قد زالت و لا ينال من ذلك أن يكون المستأنفان قد رفعا طعنا بالنقض فى حكم الشفعة ... ... فضلا عن أن المصلحة المحتملة – إذا صح وجودها جدلا – لا تكفى لقبول الطلب إلا إذا كان الغرض منه الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه الأمر غير المحقق فى خصوصية النزاع الماثل » وهذا الذى أقام عليه الحكم قضاءه صحيح فى القانون ، ذلك أن دعوى بطلان العقد لصوريته صورية مطلقة لا يصلح لقبولها وجود مصلحة نظرية بحتة ، فلا تقبل إلا ممن له مصلحة قائمة وحالة فيها ، بحيث تعود عليه فائدة عملية من الحكم له بطلبه . ولما كانت المصلحة المحتملة التى تكفى لقبول الدعوى لا تتوافر كصريح نص المادة الثالثة من قانون المرافعات ، إلا إذا كان الغرض من الطلب أحد أمرين (الأول) الاحتياط لدفع ضرر محدق . (والثانى) الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه ، وكان الطعن بالنقض المرفوع من الطاعنين فى الحكم الصادر بسقوط حقهما فى أخذ العقار بالشفعة لعدم إختصام المشترى المدعى بصورية عقده ، لا يتوافر به أى من هذين

الأمرين ، فإن المصلحة المحتملة بمعناها فى المادة المذكورة لا تكون متوافرة ، إذ كان ما تقدم فإن النعى على الحكم المطعون فيه.بالخطأ فى القانون يكون على غير أساس .

(نقض ٢٥ / ١ / ١٩٧٩ سنة ٣٠ الجزء الأول ص ٣٨١)

٥ - مفاد نص المادة ٩٣٨ من القانون المدنى أنه إذا صدر من مشترى العقار المشفوع فيه بيع لمشتر آخر قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإنه يسرى فى حق الشفيع ، ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها ، إلا أن ذلك مشروط بألا يكون البيع الثانى صوريا ، فإذا إدعى الشفيع صوريته وأفلح فى إثبات ذلك اعتبر البيع الصادر من المالك للمشترى الأول قائما وهو الذى يعتد به فى الشفعة دون البيع الثانى الذى لا وجود له بما يغنى الشفيع من توجيه طلب الشفعة إلى المشترى الثانى ، على أنه يجب أن يتم إثبات الصورية فى مواجهة المشترى الثانى لأنه هو صاحب الشأن الأول فى نفى الصورية وإثبات جدية عقده ليكون الحكم الذى يصدر بشأن عقده حجة له أو عليه . إذ كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن عدم توجيه إجراءات طلب الشفعة فى الميعاد للمشترى الثانى يترتب عليه عدم قبول الدعوى ولو كان البيع الصادر إليه صوريا وحجب الحكم بذلك نفسه عن الفصل فى صورية العقد الصادر إلى المطعون عليه الأخير والتى لو ثبتت ما كان ثمة ما يدعو إلى توجيه طلب الشفعة إليه . فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(نقض ٢٧ / ١١ / ١٩٧٩ سنة ٣٠ الجزء الثالث ص ٧٢) .

٦ - وحيث إن هذا النعى فى محله ، ذلك أن الشفيع بحكم كونه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة وبالتالى يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر فلا يحتج عليه بالعقد المستتر إلا أن شرط ذلك أن يكون حسن النية ، أى ألا يكون عالما بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته فى الأخذ بالشفعة - لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض طلب الطاعنتين إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات علم المطعون ضدها

الأولى بالثمن الحقيقى للبيع على قوله . « وحيث أنه عن الدفع بسقوط دعوى الشفعة تأسيسا على أن الشركة المستأنفة (المطعون ضدها الأولى) لم تودع كامل الثمن وهو مبلغ ٤٥ الف جنيه مصرى وأن المبلغ المودع وقدره ٣١٧٥٥ جنيه و ٦٤٥ مليم ليس هو الثمن الحقيقى مردود بأن الشفيع وهو من الغير بالنسبة لعقد البيع المشفوع فيه له أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النية وهو إذ يتمسك بالعقد الظاهر فلأن العقد قد خلق مظهرا انخدع به واطمأن إليه وليس للمتعاقدين أن يستفيدا من غشهما فى علاقتهما بالغير إذ أن العقد الظاهر مما يقتضيه استمرار التعامل ، ولا عبرة بما تضمنه طلب استخراج كشف التحديد المؤرخ ٣١ / ٤ / ١٩٧٣ وما تضمنه هذا الطلب من ثمن يزيد عن الثمن الوارد بالعقد المسجل طالما أن الطرفين قد اتفقا على ثمن هو مبلغ ٣٠ ألف جنيه - يضاف إلى ذلك أن أحدا من المتعاقدين لم يقم بإنذار الشركة بالإنذار الرسمى بحصول البيع مشتملا على بيان البيع والثمن الذى تم به البيع وبناء على ذلك فلا ينبغى أن يحاج الشفيع وهو حسن النية باتفاق أخر يتضمن ثمنا يزيد عن الثمن المسمى فى العقد المسجل ولا عليه إذا هو قام بإيداع الثمن المبين فى ذلك العقد ومن ثم يكون الإيداع قد جاء موافقا صحيح القانون من يتعين معه رفض الدفع » - وإذ كان ما أورده الحكم المطعون فيه ردا على دفاع الطاعنين بعلم المطعون ضدها الأولى بصورية العقد الظاهر لم يكن إلا تقريرا لحسن نية الشركة المطعون ضدها الأولى دون إتاحة الفرصة للطاعنين لإثبات علم الشركة المطعون ضدها بحقيقة الثمن ، وكان لا يكفى للتدليل على عدم علم الشركة المطعون ضدها الأولى بصورية العقد الظاهر مجرد عدم إنذارها بالبيع لأن عدم إنذارها بالبيع لا يؤدى حتما إلى عدم علمها بصورية العقد الظاهر وبالتالى توافر حسن نيتها ، وإذ رتب الحكم المطعون فيه على ذلك وعلى إيداع الثمن المسمى بالعقد الظاهر قضاءه برفض الدفع بسقوط الحق فى الشفعة وإلتفت عن طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات علم المطعون ضدها الأولى بالثمن الحقيقى ، فإنه يكون قد شابه القصور فى التسبيب وإخلال بحق الدفاع بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث السبب الثالث .

(نقض جلسة ١٣ / ١٢ / ١٩٧٩ - السنة ٣٠ الجزء الثالث ص ٢٦٩) .

٧ - تنص المادة ١١٥ من قانون المرافعات على أنه « إذا رأت المحكمة أن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة المدعى عليه قائم على أساس ، أجلت الدعوى لإعلان ذى الصفة ... وكان تصحيح الدعوى بإدخال صاحب الصفة فيها يجبُ ألا يخل بالميعاد المحدد لرفعها ، فإن التصحيح لا ينتج أثره إلا إذا تم خلال الميعاد وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه بسقوط الحق فى الشفعة على أن الطاعن لم يختصم فيها سوى إحدى المشتريات (المطعون عليها الثالثة) ولم يختصم باقى المشتريات بأشخاصهن إلا بعد الميعاد ، مع سبق اختصام والدهن باعتباره وليا عليهن فى الميعاد رغم بلوغهن سن الرشد ، فإن النعى على الحكم بكون على غير أساس .

كذلك فإن تقدير قيام التحايل لإسقاط حق الشفعة هو من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع متى كان استخلاصه سائغا .

(نقض ١٢ / ٢ / ١٩٨٠ سنة ٣١ الجزء الأول ص ٤٨١) .

٨ - مفاد نص المادة ٩٣٨ من القانون المدنى أنه إذا صدر من مشترى العقار المشفوع فيه بيع لمشتر ثان قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإنه يسرى فى حق الشفيع ، ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى إشترى بها إلا أن ذلك مشروط بألا يكون البيع الثانى صوريا ، فإذا إدعى الشفيع صورية البيع الثانى وأفلح فى إثبات ذلك أعتبر البيع الصادر من المالك للمشترى الأول قائما وهو الذى يعتد به فى الشفعة دون البيع الثانى الذى لا وجود له بما يغنى الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشترى الثانى ، على أنه يجب أن يتم إثبات الصورية فى مواجهة المشترى الثانى لأنه هو صاحب الشأن الأول فى نفى الصورية وإثبات جدية العقد ليكون الحكم الذى يصدر بشأن عقده حجة له أو عليه ، ويتحقق ذلك اختصامه ابتداء فى دعوى الشفعة مع تمسك الشفيع بالبيع الأول ودفعه بصورية البيع الثانى صورية مطلقة أو بإدخاله أو تدخله خصما فى الدعوى قبل الفصل فيها دون اعتداد

بأن يتم هذا الادخال أو التدخل فى المواعيد المحددة لطلب الشفعة ، ويتعين على المحكمة أن تفصل فى الادعاء بالصورية إذ يتوقف مصير دعوى الشفعة على ثبوت الصورية أم لا ، وبصدور حكم لصالح الشفيع بصورية عقد المشترى الثانى تصح إجراءات الشفعة فى البيع الأول .
(نقض ١٢/١١/١٩٨١ - الطعن ٥٢١ لسنة ٤٨ ق) .

٩ - من المقرر أنه لا يشترط قانونا فى البيع الذى تجوز فيه الشفعة أن يكون بعقد مسجل أو ثابت التاريخ . لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن عقد البيع الصادر من الطاعن المشترى الأول للعقار المشفوع فيه إلى المطعون ضده الأخير - المشترى الثانى - قد تم بتاريخ .. أى قبل تاريخ إعلان الرغبة . الموجه من الشفيع ، المطعون ضده الأول - إلى الطاعن والبائعين له ، والذى تم تسجيله ، وكان الطاعن قد دفع بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذى صفة وأدخل المطعون ضده الأخير المشترى منه فى الدعوى ، كما تمسك المدخل أيضا بالدفع بعدم القبول لعدم توجيه الشفعة إلى البيع الثانى الصادر إليه من المشترى الأول فى ... والسابق على تاريخ إعلان الشفيع رغبته بالأخذ بالشفعة الموجه إلى المشترى الأول والبائعين له .. وعلى تاريخ تسجيله فى ..... وكان الشفيع المطعون ضده الأول وإن ذهب ردا على ذلك الدفع أمام محكمة الدرجة الأولى إلى العزوف صراحة عن الطعن على البيع الثانى بالصورية بمقولة أنه لا حاجة لذلك - وهو ما سجله عليه الحكم الابتدائى وقضى على أساسه برفض دعواه إلا أنه عاد أمام المحكمة الاستئنافية إلى التمسك بأن العقد المذكور غير ثابت التاريخ ومن ثم فلا يحتج به عليه باعتباره من الغير ، هذا إلى أنه عقد صورى صورية مطلقة دون حاجة إلى طلب التحقيق وذلك إكتفاء بما أورده من أنه من صورة واحدة وغير موقع عليه من أى شاهد وأنه مقدم من البائع ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد ذهب فى رده على هذا الدفع إلى القول بأنه يشترط لتطبيق نص المادة ٩٣٨ من القانون المدنى أن يكون البيع للمشترى الثانى ثابتا ثبوتا قاطعا على نحو ما توجيه المادة ١٥ من قانون الإثبات قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، وإن كلا من الطاعن والمطعون ضده الأخير لم يوردا أى دفاع أو طلبات بشأن عدم

ثبوت تاريخ العقد المذكور مما يقتضى الالتفات عنه لانتفاء الدليل على أنه سابق على تسجيل إنذار الشفعة الحاصل ... ، لما كان ما تقدم وكان هذا الذى ذهب وإنتهى إليه الحكم يخالف صحيح القانون الذى لا يشترط فى البيع الذى يجوز فيه الشفعة أن يكون بعقد مسجل - أو ثابت التاريخ وأوجب على الشفيع فى هذه الحالة أن يوجه طلب الأخذ بالشفعة إلى البيع الثانى متى كان سابقا لإعلان الرغبة أو تسجيله فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .
(نقض ١٢ / ٢ / ١٩٨٥ - طعن رقم ٨٦٤ لسنة ٥١ قضائية)

١٠ - من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه وإن كان مفاد نص المادة ٩٣٨ من القانون المدنى أنه إذا صدر من مشترى العقار المشفوع فيه بيع لمشتر آخر قبل أن تعلن إليه رغبة الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فإنه يسرى فى حق الشفيع ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى إشترى بها ، إلا أن ذلك مشروط بألا يكون البيع الثانى صوريا ، فإذا أدعى الشفيع صوريته وأفلح فى إثبات ذلك أعتبر عقد البيع الصادر من المالك للمشترى الأول هو وحده الذى يعتد به فى الشفعة دون البيع الثانى الذى لا وجود له بما يغنى الشفيع عن توجيه طلب الشفعة إلى المشترى الثانى على أنه يجب أن يتم إثبات الصورية فى مواجهة المشترى الثانى لأنه هو صاحب الشأن الأول فى معنى الصورية ، وإثبات جدية عقدة ليكون الحكم الذى يصدر بشأن عقده حجة له أو عليه .
(نقض ١٩ / ٣ / ١٩٨٥ - طعن رقم ٨٧١ لسنة ٥١ قضائية)
(نقض ١٢ / ٢ / ١٩٨٥ رقم ٨٦٤ لسنة ٥١ قضائية)
(نقض ١٨ / ١ / ١٩٨٤ - طعن رقم ١٩٠ لسنة ٥٠ قضائية)
(نقض ١١ / ٣ / ١٩٨٢ - طعن رقم ٨٤٠ لسنة ٤٠ قضائية)
(نقض ٢٧ / ٥ / ١٩٨١ - طعن رقم ٨٩٨ لسنة ٤٨ قضائية)

١١ - يجب على الشفيع الذى يريد ممارسة حقه فى الأخذ بالشفعة فى حالة توالى البيوع أن يستعمل حقه قبل المشترى الثانى وبالشروط التى أشترى بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الشفعة .

(نقض ٤ / ٤ / ١٩٨٥ طعن رقم ٧١١ ، وطعن رقم ٧١٢ لسنة ٥١ ق) ، (نقض ٤ / ١٢ / ٩٨٣ طعن رقم ٨٩٨ لسنة ٥٠ قضائية)

١٢ - يتعين على المحكمة عند دفع الشفيع بصورية عقد البيع الثانى أن تفصل فى الدفع بالصورية إذ يتوقف سير دعوى الشفعة على ثبوت الصورية وبصدور حكم لصالح الشفيع بصورية عقد المشترى الثانى يصح طلب إجراءات الشفعة فى البيع الأول .

(نقض ٢٦ / ٦ / ١٩٨٤ طعن رقم ١٨١٢ لسنة ٥٣ قضائية) .

١٣ - إذا تمسك الشفيع بالبيع الأول مدعيا صورية البيع الأخير فى مواجهة المشترى الثانى الذى يتعين اختصامه فى دعوى الشفعة دون اعتداد بمواعيد طلب الشفعة بالنسبة له فإذا أفلح فى إثبات صورية البيع الصادر إليه أعتد بالبيع الصادر إلى المشترى الأول وهو البيع الذى يشفع فيه دون البيع الثانى الذى لا وجود له .

(نقض ٢٨ / ٤ / ١٩٨٥ طعن رقم ٢١٨ لسنة ٥٤ ق ، نقض ١٨ / ١ / ١٩٨٤ طعن رقم ٥٩٠ لسنة ٥٠ ق ، نقض ١٤ / ٦ / ١٩٨٤ طعن رقم ٢٨٧ لسنة ٤٩ ق ، نقض ١١ / ٣ / ١٩٨٢ طعن رقم ٨٤٠ لسنة ٤٨ قضائية) .

عقد البيع الصورى بتجزئة الصفقة :

ومن حالات الصورية فى عقد البيع أن يتواطأ البائع والمشترى على تجزئة الصفقة كما إذا كانت مساحة الجزء المبيع فدانا أو أكثر فيتفق البائع والمشترى على أن يحررا ثلاثة عقود أو أكثر كل منها بجزء من الأرض المبيعة حتى لا يمكنا الشفيع الجار من الأخذ بالشفعة إلا الجزء المجاور له فقط وقد يكون ذلك حتى يظهر للشفيع أن المساحة المبيعة تافهة ولا تستحق الأخذ بالشفعة ففى المثالين المتقدمين يجوز للشفيع أن يثبت بطرق الإثبات كافة ومنها البينة والقرائن حقيقة الصفقة وأنها بيعت كصفقة واحدة وأن التجزئة قصد بها منعه من أخذ العقار كله أو بعضه بالشفعة .

أحكام النقض :

إن استخلاص المحكمة من ظروف الدعوى ووقائعها أن المشترى أراد بتجزئة الصفقة التى إشتراها التحيل لمنع من له أن يشفع فيها من أخذها بالشفعة هو من أمور الموضوع التى يفصل فيها قاضى الدعوى دون معقب عليه .

(نقض ١٧ / ٥ / ١٩٤٥ مجموعة النقض فى ٢٥ سنة الجزء الأول ص ٧٣٩ قاعدة رقم ١٩٧) .

٢ - إن التحيل لإبطال الشفعة مناقض للغرض المقصود منها لأن الشفعة شرعت لدفع الضرر ، فإذا ما أجيز التحيل لإبطالها كان ذلك عودا عن مقصود الشارع يلحق الضرر الذى قصد إبطاله . فكل تحيل لإبطال الشفعة لا يصح للمحاكم أن تقره بوجه من الوجوه .

(نقض ١٧ / ٥ / ١٩٤٥ المرجع السابق ص ٧٣٩ قاعدة رقم ١٩٦)

٣ - إذا كان كل ما قصده الحكم بالغش أو التدليس الذى أسنده إلى الطاعن إنما هو الاحتيال بقصد تعطيل حق مقرر بمقتضى القانون وهو عمل لا يجوز إقرار مرتكبه عليه ويجب رد سعيه عليه ، وكان الحكم قد استخلص عناصر الاحتيال من الوقائع التى أوردها والتى يبين منها بجلاء أن الطاعن قد لجأ إلى الحيلة لإسقاط حق المطعون عليه الأول فى الشفعة فإن النعى عليه بالقصور أو مخالفة القانون فى هذا الخصوص يكون على غير أساس .

(نقض ٢٦ / ٣ / ١٩٥٣ المرجع السابق ص ٧٣٩ قاعدة رقم ١٩٨) .

ومن العقود الصورية التى يقصد بها المنع من الأخذ بالشفعة ..

ثانيا - عقد الهبة الذى يخفى بيعا :

من المقرر إن الشفعة لا تجوز إلا فى عقد البيع وعلى ذلك فالهبة لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة حتى ولو كانت بعوض مادامت هبة حقيقية وذلك لأن الواهب إنما وهب ورضى بالتجرد عن ملكه دون مقابل لاعتبارات

شخصية فى الموهوب له لا تتوافر فى الشفيع فلا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة فى الهبة ولوبقيمة العقار الموهوب ، فإذا كانت حقيقة الهبة بعوض أنها بيع أخفى تحت ستار الهبة وسمى الثمن عوضا ، فالعبرة بحقيقة العقد وبأنه بيع فتجوز فيه الشفعة ويجوز للشفيع أن يثبت بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود وقرائن الأحوال إن حقيقة الهبة أنها بيع ، ويأخذ الشفيع العقار بالعوض المذكور فى العقد إلا إذا ثبت أنه دون الثمن الحقيقى المتفق عليه ، وأنه إنما ذكر فى العقد ناقصا عن الثمن الحقيقى المتفق عليه لأحكام ستر البيع وإلباسه ثوب الهبة بعوض ، فعندئذ يأخذ الشفيع العقار بالثمن الحقيقى لا بالعوض المذكور فى العقد مالم يتمسك بالعقد الظاهر وبشرط أن يكون حسن النية وعلى العكس من ذلك إذا كان البيع هو الذى يستر الهبة ، كما هو الغالب ، لم يجز للشفيع الأخذ فيه بالشفعة تأسيسا على أن العقد فى حقيقته هبة ما لم يتمسك بالعقد الظاهر وبشرط ألا يكون عالما بالعقد المستتر .

أحكام النقض :

إذ كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من أقوال شهود المطعون عليه الأول ومن القرائن التى ساقها صورية عقد الهبة الرسمى الصادر من الطاعن الأول إلى زوجته الطاعنة الثانية صورية مطلقة ، فإن هذا العقد لا يكون له وجود قانونا ولا يسرى فى حق الشفيع .(نقض ٣ / ٦ / ١٩٨٠ سنة ٣١ الجزء الثانى ص ١٦٥٧) .

عقد الهبة الصورى الذى يهب فيه البائع للمشترى جزء من الأرض ملاصقا لأرض الشفيع :

ومن صور عقد الهبة الصورى أن يتحايل البائع والمشترى لمنع الأخذ بالشفعة فيهب البائع للمشترى جزءا صغيرا مقتطعا من الأرض المبيعة يكون هو الجزء الملاصق لأرض الشفيع ، فيحول هذا الشريط من الأرض دون تحقق الجوار بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به ، وذلك حتى يمكن الاحتجاج على الشفيع بأنه لا يستطيع أخذ العقار

بالشفعة لعدم تحقق الجوار ، بل ولا أخذ هذا الشريط من الأرض من الأرض بالشفعة لأنه محل لعقد هبة لا لعقد بيع ، وفى هذه الحالة يجوز للشفيع إن يثبت بجميع طرق الإثبات إن الهبة صورية وقد قصد بها التحايل لمنع الأخذ بالشفعة ، فيأخذ بالشفعة كل العقار ، ويدخل فيه قطعة الأرض الموهوبة بالثمن المسمى فى عقد البيع الواقع على بقية العقار ، على إعتبار إن حقيقة التعامل هو بيع واقع على كل العقار بالثمن المسمى فى عقد البيع .

(راجع فيما تقدم الوسيط للسنهورى - الجزء التاسع ص ٤٩٣ وما بعدها ومحمد كامل مرسى الجزء الثالث فقرة ٢٩٧ ومنصور مصطفى منصور صفحة ٣٣) .

أحكام النقض :

البيع الصادر من مصلحة الأملاك لصغار المزراعين هو عقد تختلط فيه الهبة بالبيع ، وقد روعى فى تقدير الثمن فيه إعتبارات تتعلق بشخصية المشترى ، وقصد به تحقيق مصالح عليا إجتماعية وسياسية ومن ثم يتنافى القضاء بالشفعة فى مثل هذا البيع مع طبيعة العقد . ويكون فيه تفويت للأغراض المقصودة من البيع .

(نقض ٢٦ / ٢ / ١٩٥٣ سنة ٤ ص ٥١٦ ، نقض ١٦ / ٥ / ٥٦ سنة ٧ ص ٢٣٠) .

تطبيقات المحاكم :

١ - لا يؤخذ بالشفعة فى عقد إختلطت فيه الهبة بالبيع ، كبيع يحصل بنصف القيمة لاعتبارات شخصية (إستئناف مختلط ٢٢ / ١٢ / ١٩١٠ مجلد ٢٣ ص ٨٩) .

٢ - لا شفعة فيما تنزل عنه الحكومة من أملاكها الخاصة لموظفيها السابقين ، بدلا عما يستحقونه من المعاش (إستئناف مختلط ٨ / ٤ / ١٨٩١ مجلد ٣ ص ٢٨٦) .

٣ - للشفيع أن يثبت بجميع طرق الإثبات وتدخل فى ذلك القرائن

إن حقيقة الهبة أنها بيع (إستئناف مختلط ٢٢ / ٥ / ١٩٠٢ مجلد ١٤ ص ٣١٤) .

٤ - لا شفعة فى بيع صدر من الحكومة عن أرض أصلحها المشترى ، فتساهلت الحكومة فى الثمن تساهلا كبيرا (إستئناف مصر ١٩ / ١ / ١٩٢٥ المحاماة سنة ٥ ص ٥١٩) .

٥ - الشفعة لا تصح فى العين (المبيعة) الموهوبة ولو وصفت فى العقد بالبيع (إستئناف مصر ١ / ١٢ / ١٩٨١ الحقوق جـ ٦ ص ٣٨٢) .

٦ - يجوز إعتبار عقود البيع عقود هبة إذا ساعدت ظروف الأحوال على ذلك كما إذا صدر البيع من أب لإبنه بثمن زهيد ، وحينئذ لا يصح استعمال حق الشفعة لأنه لا يترتب على الهبة (إستئناف مصر ٢٦ / ١١ / ١٨٩٨ الحقوق جـ ١٤ ص ٦٦) .

٧ - ليس ضروريا فى الأخذ بالقرائن دليلا على أن حقيقة البيع هبة مستترة فلا يجوز فيها الشفعة ، أن يؤخذ فى ذلك بالقرابة أو المصاهرة بين البائع والمشترى ، فإن هذه العلاقة لا يتحتم معها أن يكون البيع هبة مستترة ، ولا بقلة الثمن المذكور فى العقد فقد يكون القصد من ذلك التخفف من مصروفات التسجيل (إستئناف وطنى ١٩ / ١١ / ١٩٠١ المجموعة الرسمية جـ ٤ ص ٦٣) .

ثالثا - عقد المقايضة الذى يخفى بيعا :

من المقرر أنه إذا وجد عقد معاوضة ناقل للملكية فلا يؤخذ فيه بالشفعة إلا إذا كان عقد بيع فلا يجوز الأخذ بالشفعة فى عقد المقايضة ولو كانت المقايضة بمعدل إلا إذا كان المعدل كبيرا يفوق بكثير قيمة البدل بحيث يستخلص إن حقيقة المقايضة هى أنها عقد بيع أستتر فى صورة مقايضة ، فتكون العبرة فى هذه الحالة بالعقد الحقيقى وهو بيع فيجوز الأخذ فيه بالشفعة فإذا حرر البائع والمشترى عقد مقايضة صورى لمنع الشفيع من أخذ العقار المبيع بالشفعة جاز للشفيع أن يثبت بكافة طرق الإثبات إن حقيقة المقايضة أنها عقد بيع فيجوز له إثبات ذلك بشهادة الشهود وقرائن الأحوال .

(الوسيط للسنهورى الجزء التاسع ص ٤٩٦ ومحمد كامل مرسى الجزء الثالث فقرة ٢٩٠ وعبد المنعم البدراوى ص ٤٥٩ وإسماعيل غانم ص ٣٧ وعبد المنعم الصدة ص ٤٤٥ ومنصور مصطفى منصور فقرة ١٣٨) .

رابعا - عقد الصلح الصورى :

من المقرر إن عقد الصلح لا تجوز فيه الشفعة لأنه كاشف عن الملك لا ناقل له ولأن الصلح يتنافى مع الشفعة فهو يستلزم من المتصالحين واجبات شخصية لا يمكن للشفيع القيام بها فيتعذر عليه أن يقوم مقام المشفوع منه فى جميع الحقوق والواجبات غير أن بائع العقار ومشتريه قد يتفقا على تحرير عقد صلح صورى لمنع الشفيع من أخذ العقار بالشفعة وفى هذه الحالة يجوز للشفيع إن يثبت بجميع طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن أن حقيقة عقد الصلح أنه عقد بيع ، لأنه من الغير بالنسبة للمتعاقدين فإذا أثبت ذلك حق له أخذ العقار بالشفعة .

أحكام النقض :

١ - متى كان كل من المتعاقدين قد ترك جزء من حقوقه على وجه التقابل حسما للنزاع الحاصل بينهما فهذا العقد صلح طبقا لنص القانون ، ولا يصح إعتباره بيعا لكونه تضمن نقل ملكية أحد المتخاصمين إلى الآخر بثمن معين ، مادامت هذه الملكية لم تكن مستقرة لمالكها بل كانت محل نزاع والمبلغ المسمى فى العقد لم يكن مقابلا لنقل الملكية المتنازع عليها بل كان مقابلا لحسم النزاع مما تنعدم معه مقومات البيع وتظهر مقومات الصلح الذى لا يجوز فيه الشفعة ولا الاسترداد .

(نقض ٢٧/١١/١٩٤٧ مجموعة عمر الجزء الخامس ص ٤٨٩) .

خامسا - عقد الوصية الذى يخفى بيعا :

من المقرر كما سبق أن بينا آنفا أن الشفعة لا تجوز إلا فى عقد بيع

يصدر من مالك العقار المشفوع فيه إلى المشترى المشفوع منه ، وعقد البيع تصرف قانونى صادر من الجانبين وناقل للملكية بعوض فلا تجوز الشفعة إذا انتقلت ملكية العقار بتصرف قانونى صادر من جانب واحد كالوصية ، فإذا تواطأ البائع والمشترى لعقار على إفراغ عقد البيع فى صورة عقد وصية صورى للتحايل على حق الشفيع فى أخذ العقار بالشفعة ، فإنه يجوز للشفيع أن يثبت بكافة طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن حقيقة التصرف وبأنه عقد بيع وأن عقد الوصية ليس إلا ستارا له فإذا أثبت ذلك حق له أخذ العقار بالشفعة ، ولا يكلف الشفيع بإثبات الصورية بالكتابة لأنه من الغير بالنسبة لطرفى العقد .

وقد يحدث العكس ويوصى الشخص لآخر بعقار معين إلا أنهما يفرغان العقد فى صورة عقد البيع فإذا تقدم الشفيع طالبا أخذ العقار بالشفعة كان للمتعاقدين إثبات حقيقة العقد وبأنه وصية لا تجوز فيه الشفعة ويستطيعا أن يثبتا ذلك بكافة طرق الإثبات طبقا للقواعد العامة التى سبق بيانها بالنسبة لجواز أن يثبت المتعاقد ما يخالف العقد الظاهر فى مواجهة الغير ، غير أنه يجوز للشفيع أن يتمسك بالعقد الظاهر فلا يحتج عليه بالعقد المستتر إلا أن ذلك مشروط بأن يكون حسن النية أى لا يكون عالما بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته فى الأخذ بالشفعة .

سادسا - عقد التقايل

التقايل يترتب عليه إلغاء العقد بأن يتفق المتعاقدان على التحلل من العقد الأصلى وتحرير عقد آخر بما يتضمن هذا الإلغاء ، وهو مايسمى عقد التقايل .

فإذا باع شخص عقارا إلى آخر وبعد أن أيقنا أن الشفيع يريد أخذ العقار بالشفعة ورغبة منهما فى مصادرة حقه تقايلا عن هذا العقد بعقد صورى فالأمر لا يعد واحد فرضين :

الفرض الأول :

أن هذا التقايل لم يثبت تاريخه قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ

بالشفعة وبالتالى فلا يكون له أثر ولا يحول بين الشفيع وبين حقه فى أخذ العقار بالشفعة .

الفرض الثانى :

أن هذا التقابل قد تم وثبت تاريخه قبل تسجيل إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وفى هذه الحالة يجوز للشفيع أن يثبت صوريته بكافة طرق الإثبات باعتباره من الغير ، وذلك بأن يتخذ إجراءات الشفعة ويرفع الدعوى - فإذا قدم عقد التقابل كان له أن يطعن عليه بالصورية المطلقة وأن يثبت ذلك بجميع وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن ، إذ أن دعوى الشفعة فى هذه الحالة تتسع لبحث صورية عقد التقايل ، فإذا ثبت صوريته ثبت له الحق فى الشفعة ، أما إذا عجز عن إثبات الصورية قضت المحكمة برفض دعواه تأسيسا على أن عقد التقايل صحيح .

أحكام النقض :

- إذ كان القانون جعل البيع سببا للشفعة كما جعل حق الشفيع فى طلبها متولدا من مجرد إتمام انعقاد البيع على العين المشفوعة ، فإذا فسخ البيع بتراضى الطرفين بعد طلب الشفعة فإنه لا يعدم أثر البيع بالنسبة للشفيع ويظل حقه فى الشفعة قائما . ولما كان الثابت بالاوراق أنه بعد إتمام البيع من الطاعن الأول إلى المطعون عليه الثانى بموجب العقد المؤرخ ١٢/٢/١٩٧٢ قام المطعون عليه الأول بإعلانهما فى ٢/٤/١٩٧٢ ، ٧/٥/١٩٧٢ برغبته فى أخذ الأرض المبيعة بالشفعة ، ثم أقام دعوى الشفعة بإيداع صحيفتها قلم الكتاب وقيدها بتاريخ ١٠/٥/١٩٧٢ فإن فسخ البيع الذى ادعُى الطاعن الأول حصوله رضاء فى ١٥/٥/١٩٧٢ بعد طلب الشفعة ، لا يسقط حق الشفيع ويجوز له إجبار البائع بأن يمضى معه فى البيع لا مع المشترى . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص من أقوال شهود المطعون عليه الأول ومن القرائن التى ساقها صورية عقد الهبة الرسمى الصادر من الطاعن الأول إلى زوجته الطاعنة الثانية صورية مطلقة ، فإن

هذا العقد لا يكون له وجود قانونا ، ولا يسرى فى حق الشفيع .
(نقض ٣ / ٦ / ١٩٨٠ سنة ٣١ الجزء الثانى ص ١٦٥٧)

تدخل المشترى الثانى فى دعوى الشفعة واثر ذلك بالنسبة للاجراءات أمام درجتى التقاضى :

من المقرر وكما سبق أن أوضحنا أن الخصوم فى دعوى الشفعة هم الشفيع وكل من البائع والمشترى فلابد أن يُدخل الشفيع فى الخصومة كل من المشترى والبائع وإلا كانت الدعوى غير مقبولة ، وإذا باع المشترى الأول العقار إلى مشتر ثان قبل تسجيل تنبيه إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة تعين على الشفيع اختصام هذا المشترى الأخير حتى ولو كان عقده صوريا ليثبت الصورية قبله .

فإذا لم يختصمه أمام محكمة أول درجة فإنه يجوز له أن ، يتدخل فى الدعوى أمامها تدخلا هجوميا طالبا رفض الدعوى على سند من أنه اشترى العقار من المشترى الأول قبل تسجيل تنبيه إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة وفى هذه الحالة يتعين على المحكمة أن تقضى بقبول تدخله ويصبح خصما أصيلا فى الدعوى ويجوز للشفيع أن يطعن بصورية عقده وأن يثبت ذلك فى مواجهته ، وإذا صدر الحكم برفض دعوى الشفعة وطعن الشفيع على هذا الحكم بالاستئناف تعين عليه اختصام المشترى الثانى فيه كما أنه يجوز للأخير استئناف الحكم إذا قضت المحكمة للشفيع بطلباته على سند من صورية عقد البيع الثانى .

خصوم الطعن بالنقض فى دعوى الشفعة التى طعن فيها بصورية عقد البيع الثانى :

لابد من اختصام الشفيع والمشترى والبائع أمام محكمة النقض وكذلك البائع الثانى إذا كان قد اختصم أمام محكمة الاستئناف سواء كان الطاعن هو الشفيع أو المشترى أو البائع الأول أو البائع الثانى ، فإذا كان الشفيع هو الطاعن فلابد من أن يوجه الطعن إلى كل من المشترى والبائع الأول والبائع الثانى ، وأن يعلن كل منهم بتقرير الطعن

فى الميعاد القانونى (الوسيط للدكتور السنهورى الجزء التاسع ص ٦٩٤)

أحكام النقض :

(١) وقد أوجب القانون على الشفيع اختصام المشترى والبائع كليهما معا فى دعوى الشفعة وإلا كانت غير مقبولة ، وهذا الحكم يسرى على الدعوى فى درجتى التقاضى الابتدائية والاستئنافية . ولما كان الطعن بالنقض مرحلة من مراحل الدعوى ينظر إليها من حيث الموضوع عند تصدى محكمة النقض له ، فإن اختصام المشترى أو البائع كليهما فى الطعن يكون واجبا كذلك ، ولا يغنى عن هذا النظر ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون الصادر بإنشاء محكمة النقض من أن لرافع النقض الحرية فى تعيين الخصوم الذين يراد إدخالهم فى الدعوى دون إلزامه بتوجيه الطعن إلى جميع الخصوم فى الحكم المطعون فيه ، فإن هذا لا يمكن أن يفيد أنه فى دعوى الطعن لا يكون الطاعن ملزما باختصام من لا تقبل الدعوى إلا باختصامه ، بل معناه أنه بعد مراعاة مقتضى الحال من إختصام من يجب قانونا اختصامه فى الدعوى ، يكون للطاعن أن يقصر الطعن على من يهمه نقض الحكم فى حقه ، وعلى ذلك إذا لم تعلن البائعة فى دعوى الشفعة بتقرير الطعن كانت دعوى الطعن بالنقض غير مقبولة ، وللنيابة العامة أن تطلب الحكم بعدم قبول الطعن بسبب عدم صحة اختصام من لا يصح الطعن إلا باختصامه .

(نقض مدنى ٦ يونية سنة ١٩٤٩ - مجموعة عمر ٥ رقم ٩٢ ص ١٨٩)

٢ - دعوى الشفعة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا تكون مقبولة فى جميع مراحلها إلا إذا كانت الخصومة فيها قائمة بين أطرافها الشفيع والمشترى والبائع سواء أمام محكمة أول درجة أو فى الاستئناف أو فى النقض ، فإن رفعت فى أى مرحلة دون اختصام باقى أطرافها قضت المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها ، وعلى الشفيع أن يراقب ما يطرأ على أطراف عقد البيع من تغيير فى الصفة أو الحالة

ليوجه إليهم إجراءات الشفعة بالوضع الصحيح الذى أصبحوا عليه وقت اتخاذها .

(نقض ٨ / ٢ / ١٩٨٤ طعن رقم ٣٤٤ لسنة ٥٠ قضائية)

٣ - يتعين على الشفيع اختصام المشترى الثانى لمباشرة إجراءات الدعوى فى مواجهته ، وإذا لم يختصمه أمام محكمة أول درجة فقد بات اختصامه فى الاستئناف غير جائز بنص المادة ٢٣٦ / ١ من قانون المرافعات ، ولا يحق له إثبات صورية عقد المشترى الثانى فى غيبته لما سلف بيانه بما لازمه - وعلى ما هو مقرر فى قضاء هذه المحكمة - أن يكون طلب الطاعن إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات هذه الصورية ساقطا منتفيا فى الدعوى وغير ماثل قانونا فيها .

(نقض ٥ / ١ / ١٩٨٤ طعن رقم ٩٥٣ لسنة ٥٠ قضائية)

(نقض ١١ / ٣ / ١٩٨٢ طعن رقم ٨٤٠ لسنة ٤٩ قضائية)

الفصل الثالث عشر

الصورية فى إشكالات التنفيذ

لاحظنا فى الفترة الأخيرة وبعد استحكام أزمة المساكن أن بعض ملاك العقارات يحصل على حكم صورى بطرد شخص من شقة لا يشغلها ، ثم يسخر آخر للاستشكال الوقتى فى التنفيذ فيحكم برفض الإشكال ثم يوعز لمن صدر ضده الحكم برفع إشكال وقتى صورى يقضى برفضه أو يدخل المستشكل الأول الصادر ضده الحكم فى الإشكال المرفوع ويقضى برفضه ويعمد المالك بعد ذلك إلى تنفيذ الحكم على شاغل العين الفعلى بسند قانونى يفاجأ به فيستشكل أمام المحضر فى التنفيذ وهنا فإن المحضر وإن كان ملزما بقبول الإشكال وتحديد جلسة لنظره .. غير أنه قد يستمر فى التنفيذ باعتبار أن هذا الإشكال ثان وفى رأينا أن الإشكال فى هذه الحالة يعتبر مرفوعا قبل تمام التنفيذ ويتعين على قاضى التنفيذ إذا تبين له من ظاهر الأوراق جدية دفاع المستشكل أن يقضى بقبول الإشكال ووقف تنفيذ الحكم ، ويكون هذا الحكم سندا تنفيذيا فى إعادة وضع يد المستشكل على العين أما إذا اوقف المحضر التنفيذ فإنه يتعين على قاضى التنفيذ فى هذه الحالة اعتبار هذا الإشكال إشكالا أول ، إذا كانت مستندات المستشكل وظروف الدعوى واضحة الدلالة على التواطؤ بين المالك ومن صدر ضده الحكم الصورى .

وإذا نفذ حكم الطرد الصورى الذى صدر بالتواطؤ فى غيبة شاغل العين الحقيقى بسند قانونى فإنه لا يجوز له رفع إشكال وقتى لأن التنفيد قد تم .. إنما يجوز له أن يرفع دعوى تنفيذ وقتية يطلب فيها عدم الاعتداد بالتنفيذ الذى تم ، فإن قضى له بطلبه اعتبر الحكم سندا تنفيذيا لإعادته للعين التى سلبت حيازتها منه ، كذلك يجوز له أن يرفع دعوى مستعجلة برد حيازة العين له على سند من أنها قد سلبت منه بحكم صورى لم يكن طرفا فيه وهو بالخيار بين الأمرين .

الفصل الرابع عشر

صورية أمر الأداء

إذا اتفق الدائن والمدين على أن يحرر للأول سندات دين صورية وحصل الدائن بمقتضاها على أمر أداء صورى فإنه يجوز لكل من الدائنين الآخرين أن يطعنوا بصورية هذا الأمر وأن يثبتوا الصورية بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود وقرائن الأحوال باعتبارهم من الغير ، إذ لا يعتبرون خلفا للمدين فى التصرفات الصورية التى تصدر منه بطريق التواطؤ مع دائن آخر إضرارا بحقه إذ يصبح الدائن فى هذه الحالة من طبقة الغير ، فإذا نجح فى إثبات ذلك اعتبر أمر الأداء كأن لم يكن لانعدام حجيته فى هذه الحالة بالنسبة لباقى الدائنين .

أحكام النقض :

١ - وحيث أن هذا النعى مردود بأن المادة ٢٤٤ من القانون المدنى تنص على أنه « إذا أبرم عقد صورى فللدائن المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسنى النية أن يتمسكوا بالعقد الصورى ، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم - وإذا تعارضت مصالح ذوى الشأن وتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين . ولما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على صورية سندات دين دراكوس وعلى أن حصول هذا الأخير على أوامر الأداء والحجز بمقتضاها والذى تم تنفيذا للحجز كل ذلك كان بطريق التواطؤ بين المطعون عليه الثانى والطاعنة ودراكوس إضرارا بالمطعون عليها الأولى فإنه لا يكون قد خالف القانون ذلك أن للمطعون عليها الأولى بصفتها دائنة للمطعون عليه الثانى أن تثبت بكل طرق الإثبات صورية تصرفات مدينها التى تمت إضرارا بحقها [illegible] الأولى من المادة ٢٤٤ من القانون المدنى ولا محل

للتحدى بحكم الفقرة الثانية من تلك المادة لأن الطاعنة لا شأن لها بدين دراكوس المطعون عليه بالصورية إذ هى لا تستمد ما تدعى من حق على الأشياء المحجوز عليها من سندات ذلك الدين ولكن الحق الدى تدعيه يستند إلى محاضر البيع التى اشترت بمقتضاها تلك الأشياء - هذا فضلا عن أن الحكم المطعون فيه قد أورد أنه « على فرض أن السندات التى قدمها الدائن وحصل على أوامر أداء بمقتضاها كانت كلها صحيحة وأن إجراءات الحجز والبيع كانت كلها سليمة فإن هذا لا ينفى أن يكون تقدم المستأنف عليها الأولى (الطاعنة) لشراء المحجوزات ورسو المزاد عليها قد حصل بالتواطؤ من المستأنف عليه الثانى (المطعون عليه الثانى) وأن يكون المدين وهو زوجها قد أراد تخليص المنقولات المحجوز عليها فأوعز إلى زوجته لكى تتقدم صوريا لشراء هذه الأشياء ... » وبذلك يكون الحكم قد نفى عن الطاعنة فى حدود سلطة المحكمة التقديرية حسن النية وقرر أنها كانت طرفا فى الإجراءات الصورية التى انتهت إلى إيقاع البيع عليها . وإذا انتفى حسن نية الطاعنة فلا يكون لها أن تتمسك بالعقد الظاهر .

(نقض ٢٣ / ٥ / ١٩٥٧ مجموعة المكتب الفنى السنة الثانية ص ٥٢٠) .

الفصل الخامس عشر

صورية الحجز والبيع

إذا اتفق الدائن والمدين على الحصول على حكم أوامر أداء صورى بدين ليس له وجود وأوقع الدائن بمقتضى الحكم أو أمر الأداء حجزا صوريا على أموال المدين وتم البيع لمشتر صورى اتفق معه على الشراء صوريا ، فإنه يجوز لأى من الدائنين أن يثبتوا صورية الحكم أو أمر الأداء المنفذ به وبالتالى صورية الحجز والشراء حتى ولو كان الشراء قد تم بطريق إرساء المزاد وليس لمن رسا عليه المزاد فى بيع الأشياء المحجوز عليها التحدى بحكم الفقرة الثانية من المادة ٢٤٤ مدنى ، والقول بوجوب الأخذ بسندات الدين المنفذ به - والمطعون عليها بالصورية - باعتبارها العقد الظاهر لأنه لا شأن للدائن بهذا الدين ، لأنه لا يستمد ما يدعيه من حق على الأشياء المحجوز عليها من سندات ذلك الدين ، ولكن الحق الذى يدعيه يستند إلى محاضر البيع التى اشترى بمقتضاها تلك الأشياء .

أحكام النقض :

١ - وحيث أن السبب الثالث يتحصل فى فى النعى على الحكم المطعون فيه بالقصور ومخالفة الثابت فى الأوراق ومسخ الوقائع وتصويرها تصويرا غير سائغ . وفى بيان هذا النعى تقول الطاعنة إن الحكم يقوم عل أن الديون التى حصل الحجز والبيع وفاء لها ديون صورية حررت سنداتها من المطعون غليه الثانى لصديقه دراكوس ليتمكن هذا الأخير من الحصول على آوامر أداء بها وتوقيع الحجز بمقتضاها على أن يتقدم المطعون عليه الثانى لشراء المحجوزات عن طريق تسخير زوجته الطاعنة فى هذا الشراء ، وأن هذا التصوير الذى ذهب إليه الحكم غير سائغ لأن البيع يتم بالمزاد العلنى وقد يتقدم مشتر

آخر غير الطاعنة ويرسو عليه المزاد وأنه لو أن الأمر أسر رغبة المطعون عليه الثانى فى إعادة شراء المحجوزات مستترا وراء الطاعنة لاتفق معها على أن تتقدم للشراء عند البيع فى الحجز الذى أوقعته المطعون عليها الأولى دون أن يتكبد مصروفات أوامر الأداء وإعلانها والتنفيذ بها - كما أن الحكم انتهى إلى صورية ديون دراكوس استنادا إلى قرائن أهمها أن أوامر الأداء كل منها بمبلغ خمسين جنيها دون زيادة أو نقص وإن دراكوس لم يتدخل فى المزاد مشتريا ليتوصل بذلك إلى رفع سعر المحجوزات لعلمه بسبق الحجز عليها من مصلحة الضرائب ومن مصلحته أن يتم البيع بسعر مرتفع حتى يتمكن من الحصول على دينه أو على جزء منه بعد وفاء ما هو مستحق لمصلحة الضرائب - وأن هذا الذى أورده الحكم يخالف الثابت فى الأوراق إذ أن أوامر الأداء ليس منها أمر واحد بمبلغ خمسين جنيها وأن الثابت من محاضر البيع أن وكيل الدائن دراكوس كان حاضرا وقت إجراء البيع وإذا كان لم يتقدم للشراء فإنه لاحظ أن الثمن الذى دفعته الطاعنة ثمن مناسب لقيمة المحجوزات فضلا عن أن تدخله فى المزاد من شأنه أن يلتزم إذا مارسا عليه المزاد بأن يقوم بدفع الثمن يضاف إلى ذلك أن الحكم استدل على صورية البيع بأن أحدا لم يشترك فى المزاد غير الطاعنة على خلاف الثابت من محاضر البيع من وجود مزايدين آخرين وقعوا على تلك المحاضر كشهود كما أورد الحكم أنه على فرض صحة السندات والإجراءات التى انتهت ببيع المحجوزات للطاعنة فإن ذلك لا ينفى أن يكون المطعون عليه الثانى قد اتفق مع الطاعنة على أن تتقدم للشراء من ماله الخاص بطريق التواطؤ . وقد خلت الأوراق مما يدل على أن الطاعنة قد دفعت ثمن المحجوزات من مال زوجها وأن فى أوراق الدعوى ما يدل على أن هذا الزوج مفلس وأن الطاعنة تملك مالا خاصا بدليل أنها أقرضت زوجها عند بدء تكوين الشركة التى كانت تضم هذا الزوج مبلغا من المال هو قيمة حصته فى رأس مال الشركة وقد كان ذلك قبل أن تنشأ ديون المطعون عليها الأولى بسنين عدة وأن الطاعنة قد حصلت على المال عن طريق الادخار من مرتبها الذى كانت تتقاضاه عن عملها بمصلحة التليفونات ومن المكافأة التى صرفت لها من تلك المصلحة قبل زواجها .

وحيث أن هذا النعى مردود فى جميع وجوهه أولا بأن محكمة الموضوع تستقل وحدها بتصوير وقائع النزاع دون معقب مادام تصويرها يستند إلى ما هو ثابت من أوراق الدعوى وملابساتها ولما كان الحكم قد حصل أن السندات التى حررها المطعون عليه الثانى لصالح دراكوس صورية للأسباب التى أوردها فإن التصوير الذى انتهى إليه مستندا إلى تلك الأسباب لا يعتوره قصور أما ما تقوله الطاعنة من أنه لو كان الأمر رغبة المطعون عليه الثانى فى إعادة شراء المحجوزات عن طريق تسخيرها للشراء لسخرها للشراء عند البيع الذى كان يتم بناء على حجز المطعون عليها الأولى ولما نزر على نفسه مصروفات أوامر أداء دين دراكوس وإعلانها والتنفيذ بها فمردود بأن حجز المطعون عليها الأولى تم فى ٢٦ من يوليو سنة ١٩٥٠ فى حين أن حجز دراكوس تم فى ٢١ من ديسمبر سنة ١٩٥٠ ومع ذلك فإن هذا الحجز الأخير لم يعلن إلى المطعون عليها الأولى على ما توجيه المادة ٥١٧ مرافعات مما يؤكد رغبة المطعون عليه الثانى والطاعنة فى إتمام إجراءات البيع فى حجز دراكوس بغير علم المطعون عليها الأولى ليحولا بينها وبين التدخل فى بيع المحجوزات لرفع ثمنها مما يفوت عليهما غرضهما - ثانيا - إن الطاعنة أقرت فى المذكرة الشارحة أن سندات دين دراكوس لم تكن تحت نظر المحكمة إذ كانت مودعة ملفات أوامر الأداء وقد تكون المحكمة قد استقت البيانات التى أوردتها عن تلك المستندات من مرافعات الخصوم أو مذكراتهم ولم تقدم الطاعنة صور محاضر الجلسات أو المذكرات للتحقق من أن ما أورده الحكم عنها يخالف الثابت فى الأوراق . كما أن ما أورده الحكم عن عدم تدخل دراكوس فى المزاد ثابت من محاضر البيع المقدمة صورها بحافظة الطاعنة أما وجود وكيل الدائن عند البيع فإنه لا ينفى ما أورده الحكم فى هذا الخصوص ثالثا - أن ما أورده الحكم عن عدم وجود مزايدين آخرين لا مخالفة فيه للثابت فى الأوراق إذ أن ما أثبته المحضر من وجود مزايدين وقعوا على محاضر البيع كشهود لا ينهض وحده دليلا على أن هؤلاء الأشخاص قد اشتركوا فعلا فى المزاد الذى رسا على الطاعنة إذ لم يبين المحضر مقدار الثمن الذى تقدم للشراء به كل مزايد منهم على حده مما يشير إلى أن وجود هؤلاء

الأشخاص وتوقيعهم على محاضر البيع لم يكن إلا استكمالا لمظاهر الصورية التى انتهت المحكمة إلى تقرير ثبوتها فى خصوص سندات دين دراكوس وما اتخذ بشأنه من إجراءات صورية كانت غايتها إيقاع البيع على الطاعنة . وأخيرا فإن ما أورده الحكم عن تسخير المطعون عليه الثانى للطاعنة لشراء الأشياء المحجوز عليها لحسابه ومن ماله هو تقرير موضوعى وليس فى ثبوت وجود مال خاص بالطاعنة ما ينفى ما قرره الحكم فى هذا الخصوص .

(نقض ٢٣ / ٥ / ١٩٥٧ مجموعة المكتب الفنى السنة الثامنة ص ٦٢٠) .

الفصل السادس عشر

الصورية فى تملك الأجانب العقارات المبنية والأراضى الفضاء والأراضى الزراعية

أولا : العقارات المبنية والأراضى الفضاء :

صدر القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦ بتاريخ ١٤ أغسطس سنة ١٩٧٦ ونصت المادة الأولى منه على : « يحظر على غير المصريين سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أم اعتباريين اكتساب ملكية العقارات المبنية أو الأراضى الفضاء فى جمهورية مصر العربية أيا كان سبب اكتساب الملكية عدا الميراث .

ويشمل هذا الحظر الملكية التامة وملكية الرقبة وحقوق الانتفاع ، ويعتبر فى حكم التملك فى تطبيق هذا القانون الإيجار الذى تزيد مدته على خمسين عاما .

واستثنت المادة الثانية من نطاق الحظر الأشخاص التالية :

(ا) إذا كانت ملكية العقار لحكومة أجنبية لاتخاذها مقرا لبعثتها الدبلوماسية أو القنصلية .

(ب) فى الحالات التى يوافق عليها مجلس الوزراء والتى تتوافر فيها الشروط الآتية :

١ - أن يكون التملك لمرة واحدة بقصد السكنى الخاصة للفرد ولأسرته أو لمزاولة نشاطه التجارى الخاص .

٢ - ألا تجاوز مساحة العقار بملحقاته ألف متر .

٣ - أن يحول عن طريق أحد المصارف المرخص لها نقدا أجنبيا قابلا للتحويل بالسعر الرسمى يعادل قيمة العقار .

٤ - ألا تكون ملكية العين حصة شائعة مع مصرى .

وقد صدر القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٨٥ وألغى سلطة مجلس

الوزراء – فى استثناء الحالات السابقة – وبذا يكون المشرع قد حرم حيازة الأجنبى بكافة الصور للعقارات والأبنية .

ونصت المادة الرابعة من القانون على جزاء مخالفة الحظر المذكور فقررت –

« يقع باطلا كل تصرف يتم بالمخالفة لا حكام هذا القانون ، ولا يجوز شهره ويقع باطلا كل تصرف ابرم بقصد التحايل على احكام هذا القانون ، وكذلك كل شرط يرمى الى ضمان تنفيذ مثل ذلك التصرف الصورى أو الى ترتيب التزام بالتعويض ايا كان نوعه فى حالة عدم تنفيذ التصرف ، ويجوز لكل ذى شأن وللنيابة العامة طلب الحكم بهذا البطلان وعلى المحكمة ان تقضى به من تلقاء نفسها » .

والبطلان هنا بطلان مطلق لا ترد عليه الاجازة ولا التصحيح ويجوز لكل ذى شأن أن يدفع به ، كما يتعين على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها لانه امر متعلق بالنظام .

ويلاحظ أن الحظر جاء مقصورا على غير المصرى شخصيا – فهنا قد يعمد الأجنبى الى الزواج بمصرية حتى ينفذ الى إكتساب ملكية العقار عن طريق الشراء بإسم الزوجة المصرية .

كذلك قد يحدث ان يسخر الاجنبى مصريا لشرء العقار باسم الآخير على أن يكون الأجنبى هو المالك الحقيقى ويحصل منه على ورقة ضد وايصال بثمن العقار ..

وهنا يجوز لكل ذى مصلحة سواء كان البائع أو المسخر أو النيابة العامة باعتبارها ممثلة للمجتمع الدفع بصورية عقد البيع بكافة طرق الإثبات لانه قصد به التحايل على احكام القانون . ولكن لايجوز – فى سبيل إثبات صورية عقد البيع – الدفع بصورية عقد الوزاج . لان العقد الآخير لا ترد عليه الصورية كما سبق أن أوضحنا . ولكن ذلك لا يحول دون الطعن على عقد البيع وحده بالصورية وإثباتها باعتبار أن الزوجة مسخرة للشراء .

وفى حالة ما إذا حصل الأجنبى على إيصال من المصرى المسخر للشراء بالثمن ورفع به دعوى مطالبة بقيمة هذا المبلغ جاز للمصرى

المسخر ان يدفع بصورية هذا الإيصال وأنه فى حقيقة مقابل ثمن الأرض التى إشتراها لحساب الأجنبى ، ويجوز له إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن . فاذا نجح فى إثبات ذلك فلا يجوز للأجنبى ان يسترد هذا المبلغ على اساس العقد الذى تقرر بطلانه إنما يجوز الرد على أساس دفع غير المستحق .

(الوسيط د . السنهورى - نظرية العقد ص ٧٦٢) .

(ثانيا) تملك الأجانب الأراضى الزراعية :

كان القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ قد تضمن فى المادة الأولى على أن :

« يحظر على الأجانب سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أم إعتباريين تملك الأراضى الزراعية وما فى حكمها من الأراضى القابلة للزراعة والبور والصحراوية فى مصر ويشمل هذا الحظر الملكية التامة كما يشمل ملكية الرقبة وحق الأنتفاع » .

ونصت الفقرة الثالثة على أن :

« ويستثنى الفلسطينيون من تطبيق أحكام هذا القانون مؤقتا » .

ثم صدر القانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٨٥ ونص مادته الأولى على أن تلغى الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ بحظر تملك الأجانب للأراضى الزراعية وما فى حكمها وتؤول الى الدولة وفقا للقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٣ ملكية الأراضى التى إكتسبها المشار اليهم فى الفقرة الملغاة قبل العمل بأحكام هذا القانون إذا لم يتصرف فيها المالك أثناء حياته أو فى خلال خمس سنوات من تاريخ نفاذ هذا القانون أيهما أقرب .

ومؤدى ذلك أن المشرع حظر تملك الأجانب الأراضى الزراعية بالنسبة لجميع الاجانب بما فيهم الفلسطينيون ، وعلى ذلك إذا سخر فلسطينى شخصا آخر فى شراء أرض بإسم المسخر ، فتسرى عليه القواعد المتقدمة فى الإثبات ، وبمقتضاها يجوز لكل ذى شأن إثبات الصورية بكافة الصور ، ويكون التصرف باطلا بطلانا مطلقا لتعلقه بالنظام ولا تصلح ورقة الضد فى رد المبالغ المثبتة بها على النحو السالف بيانه .

وإذا سخر الفلسطينى زوجته المصرية فى شراء قطعة أرض زراعية بأسمها فانه لا يجوز الطعن على عقد الزواج بالصورية ، ولكن يجوز الطعن على عقد الشراء بالصورية باعتبار أن الزوجة مسخرة للتحايل على القانون على النحو السالف بيانه .

الفصل السابع عشر
الصورية فى عقد اتحاد الملاك

تمهيد :

نظرا لكون الشيوع فى ملكية الطبقات أو الشقق إجباريا بحيث لا يجوز طلب القسمة فيه فقد أتاح القانون لملاك الطبقات أو الشقق أن يكونوا اتحادا فيما بينهم لإدارة الأجزاء المشتركة ..

وفى هذا تنص المادة ٨٦٢ مدنى :

« حيثما وجدت ملكية مشتركة لعقار مقسم إلى طبقات وشقق ، جاز للملاك أن يكونوا اتحادا فيما بينهم » . والقصد منه إدارة الأجزاء المشتركة ، فتكوين الاتحاد لهذا الغرض أمر جوازى للملاك .

غير أن المشرع تدخل فى قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ / ١٩٧٧ فى المادة ٧٣ ، ونص على الآتى :

« إذا زادت طبقات المبنى أو شققه على خمس وجاوز عدد ملاكها خمسة أشخاص قام بقوة القانون اتحاد الملاك المنصوص عليه فى المادة ٨٦٣ من القانون المدنى ، وفى تطبيق هذا الحكم يعتبر ملاك الطبقة أو الشقة الواحدة مالكا ولو تعددوا » .

١ - فاتحاد الملاك هو جمعية من جميع ملاك الطبقات والشقق فى البناء الواحد تكونت لغرض غير الحصول على ربح مادى وهذا الغرض هو إدارة الأجزاء الشائعة فى البناء لمصلحة جميع الأعضاء .

والامتيازات المقررة للاتحاد هى :

(أ) الحصول على قروض ميسرة تقدمها الدولة والهيئات العامة والجهاز المصرفى بعائد مخفض ٣ ٪ يسدد على فترات بمدة أقصاها ثلاثون سنة .

(ب) الحصول على مواد البناء بالسعر الرسمى المخفض .

(جـ) يعامل الاتحاد معاملة الجمعيات التعاونية لبناء المساكن

بالنسبة لما يستثمره من أموال فى مجال الإسكان .

٢ - ومؤدى ما تقدم أنه يجوز لبعض الأشخاص أن يكونوا اتحاد ملاك لشراء قطعة أرض وإقامة مبان عليها وتملك كل منهم وحدة سكنية أو أكثر ، كما أجاز لغيرهم بأن ينضموا إليهم بعد إنشائه للاستفادة من الامتيازات السابقة .

غير أنه يحدث كثيرا فى العمل بأن يتفق شخص مع آخرين غالبا ما يكونون من أقاربه أوأصدقائه على تكوين اتحاد ملاك صورى بقصد التهرب من الضرائب فيدخل معه هؤلاء الأشخاص باسم اتحاد الملاك ويستخرج الترخيص باسمهم ويجتمع هذا الاتحاد الصورى ويوزع الوحدات السكنية على اعضائه ثم يقوم كل منهم ببيع نصيبه إلى أجنبى حالة أن مالك البناء كله شخص واحد ، وأن شراء الأرض وبيع الشقق ثم لحسابه .. ففى هذه الحالة يجوز لمصلحة الضرائب باعتبارها من الغير بالنسبة لعقود بيع الشقق أن تثبت بجميع طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود وقرائن الأحوال أن هذه العقود صورية صورية نسبية بالنسبة لشخص البائع ، وأن البائع الحقيقى لها هو الذى سخر أعضاء الاتحاد فى البيع ، وإذا نجحت فى الإثبات فإنها تستحق الضرائب كاملة على العقار كله ، باعتبار أن البناء تم لحسابه ، ولا يتمتع بالإعفاءات والمزايا التى نص عليها قانون اتحاد الملاك .

٣ - بالنسبة لإثبات التصرفات بين المالك الحقيقى وبين أعضاء الاتحاد الصوريين فلا يجوز له أن يثبت ما يخالف العقد الظاهر إلا بالكتابة عملا بالقواعد العامة فى الإثبات ، لأن التحايل على أحكام القانون لم يكون موجها ضد مصلحته .

٤ - بالنسبة لأعضاء اتحاد الملاك فإن القواعد العامة تقضى بعدم جواز إثبات ما يخالف العقد الظاهر إلا بالكتابة إلا أن هذا الأمر لا يسرى فى هذه الحالة لوجود تحايل على أحكام القانون ، لأن التحايل موجه ضد مصلحتهم .

الفصل الثامن عشر
الطلاق الصورى

قد يتفق الزوج وزوجته على أن يطلقها طلاقًا صوريًا على أن تظل له زوجة كما إذا كان الطلاق يترتب عليه حقًا أو ميزة لأحدهما أو كلاهما أو لأحد أبنائهما كما فى حالة ما إذا كان لهما ولد فإن طلاق الزوج لزوجته دون أن يكون لها أولاد آخرين يعفيه من التجنيد وهذا الطلاق وإن كان يقع شرعًا بمجرد النطق به عملاً بالحديث الشريف إلا أن استمرار الزوج فى معاشرة الزوجة يعتبر مراجعة لها شرعًا ويجوز إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات ما دام أن الطلاق قصد به التحايل على إحكام القانون لأن قانون التجنيد من النظام العام .

الفرق بين الطلاق الصورى وبين الإقرار بانتهاء عدة طلاق الزوجة البائن أو باستيفائها الطلقات الثلاث على خلال الحقيقة :

إذا حدث نزاع بين الزوج وزوجته فطلقها وأحس باقتراب أجله ولم تكن عدتها قد انقضت إلا أنه رغبة منه فى الكيد لها يقر إقرارًا كتابيًا غير صحيح بانتهاء عدتها حتى يحرمها من الميراث أو يكون قد طلقها طلقة واحدة إلا أنه يقر على خلال الحقيقة باستيفاء الطلقات الثلاث ، فإن الإقرار فى هاتين الحالتين لا يدخل فى نطاق الصورية لأن الصورية نتجية اتفاق ولا يتصور الاتفاق إلا بين شخصين يتعاملان معًا ، وإذ كان من المقرر أن إقرارات المورث تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها ، فإنه يجوز للزوجة فى هذه الحالة أن تثبت عدم صحة الإقرار بجميع طرق الإثبات وإنه قصد به التحايل على قواعد الميراث .

الفصل التاسع عشر
مسائل متنوعة فى الصورية

وضع اليد على العقار استنادًا إلى عقد بيع صورى صورية مطلقة لا يؤدى إلى كسب ملكيته بالتقادم :

من المقرر أن وضع اليد على العقار استنادًا لعقد البيع صورى لا يصلح سببًا لكسب الملكية فإذا وضع مشترى العقار يده عليه استنادًا إلى عقد بيع صورى وقضت المحكمة بصورية هذا العقد صورية مطلقة فلا يجوز للمشترى أن يطلب تثبيت ملكيته للعقار استنادًا إلى وضع يده عليه المدة الطويلة المكسبة للملكية وذلك لأن سنده فى الحيازة كان عقد البيع الصورى صورية مطلقة وهو مظهر من مظاهر ستر الصورية ولا أثر له فى كسب الملكية مهما طالت مدته ومن ثم فإن رفض الدعوى فى هذه الحالة يكون أمراً محتومًا .

أحكام النقض :

١ - إذ يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة انتهت فى حدود سلطتها التقديرية إلى أن عقد مورث الطاعنين صورى صورية مطلقة وأن الأطيان التى وضع اليد عليها استنادًا إلى هذا العقد لا زالت باقية على ملك المطعون عليها الثانية البائعة صوريًا ورتب على ذلك إنتفاء نية الملك لدى الطاعنين ومورثهم من قبل فإنه يكون قد التزم صحيح القانون إذ أن وضع اليد فى هذه الحالة لا يعدو أن يكون مظهرًا من مظاهر ستر الصورية ولا يؤدى إلى كسب الملكية مهما طالت مدته . (نقض ٢٣ / ٣ / ١٩٧٦ سنة ٢٧ الجزء الأول ص ٧٢٨) .

٢ - وحيث أن النعى فى وجهه الثالث غير منتج ذلك أن الحكم المطعون فيه وقد انتهى إلى أن وضع يد الطاعن كان بناء على عقده الصورى صورية مطلقة وأنه أقر فى ورقة الضد بأن ملكية الأطيان التى

وضع اليد عليها باقية للمورث وأن من حق الأخير استرداد الأطيان المبيعة فى أى وقت يشاء فإن وضع يد الطاعن فى هذه الحالة مهما طالت مدته لا يكسبه ملكية هذه الأرض لأن القانون يشترط فى الحيازة التى تؤدى إلى كسب الملكية بالتقادم أن تقترن بنية التملك ، وكذلك فإن النعى بالخطأ فى القانون على الحكم المطعون فيه فيما قرره من أن حقوق الإرث لا تكتسب بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ٣٣ سنة استنادًا إلى المادة ٩٧٠ من القانون المدنى يكون عديم الجدوى لأن هذا الخطأ وارد فيما استطرد إليه الحكم تزيدا إذ لم يكن ثمة محل لبحث مدة وضع اليد بعد أن انتهى الحكم صحيحا إلى انتفاء نية التملك لدى الطاعن مما يفقد التملك بوضع اليد ركنًا من أركانه القانونية و... هذا الخطأ الواقع فى الأسباب الزائدة لا يبطل الحكم . (نقض ١٠ / ٤ / ١٩٦٧ سنة ١٨ الجزء الثانى ص ٨٥٠) .

اثر الحكم بصورية أحد عقدى البيع الصادرين عن عقار واحد فى ضم مدة حيازة الخلف للسلف :

من المقرر أنه فى حالة التمسك بوضع اليد فإنه يجوز للخلف أن يضم مدة حيازة سلفه فإذا تمسك المشترى باكتساب ملكية العقار الذى اشتراه بالتقادم فإنه يجوز له أن يضم مدة حيازة البائع له غير أنه إذا كان البائع له هو نفس البائع لخصمه فلا يجوز لأى منهما أن يتمسك بوضع يد سلفه فى مواجهة الآخر لأن هذا السلف مشترك إلا أن الأمر يختلف إذا قضت المحكمة بصورية العقد الصادر لأى من المشترين صورية مطلقة فإنه يجوز للمشترى الآخر فى هذه الحالة أن يطلب ضم مدة حيازة البائع حتى فى مواجهة المشترى الآخر الذى قضى بصورية عقده لأنه يترتب على هذا الحكم اعتبار العقد المقضى بصوريته والعدم سواء .

أحكام النقض :

١ - لئن كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن قاعدة ضم حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف لا تسرى إلا إذا أراد المتمسك بها أن

يحتج بها قبل غير من باع له وغير من تلقى الحق ممن باع له ،بحيث إذا كان السلف مشتركًا ، فلا يجوز للحائز المتمسك بالتقادم أن يفيد من حيازة سلفه لإتمام مدة الخمس عشرة سنة اللازمة لاكتساب الملكية بالتقادم قبل من تلقى حقه عن هذا السلف ، إلا أنه لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مقتضى القضاء بصورية أحد العقدين الصادرين من السلف صورية مطلقة ألا يكون ثمة وجود فى الحقيقة إلا للعقد الآخر ومن ثم فلا يكون ثمة ما يحول قانونًا دون ضم مدة حيازة صاحب هذا العقد إلى مدة حيازة سلفه . (نقض ٢٩ / ١ / ١٩٨٥ طعن رقم ٢٢٩ لسنة ٥١ قضائية ، نقض ١٠ / ٦ / ١٩٨٢ طعن رقم ١١٧٨ لسنة ٤٨ قضائية . نقض ٤ / ٥ / ١٩٧٧ سنة ٢٨ ص ١١٣٥) .

لا يجوز الدفع بصورية الحكم الصادر بثبوت النسب بناء على الإقرار به :

من المقرر – كما سبق أن أوضحنا – أن الصورية ترد على الأحكام كما ترد على العقود والتصرفات وإنه يجوز لكل صاحب مصلحة إثبات أن الحكم صدر صوريًا بناء على إتفاق طرفيه غير إنه يستثنى من ذلك الحكم الذى يصدر بإثبات نسب الولد بناء على إقرار والده إذ لا يجوز الطعن على هذا الحكم بالصورية فإذا أقامت زوجة ضد زوجها دعوى بإثبات نسب الصغير له وأقر الزوج أمام المحكمة بالبنوة وصدر الحكم بذلك فلا يجوز لأخوة الزوج بعد وفاته أن يرفعوا دعوى بطلب إثبات إنهم يرثوه ومنع تعرض الابن لهم فى تركته قولاً منهم بأن الحكم بإثبات النسب صدر صوريًا بناء على تواطؤ طرفى الدعوى ذلك أنه كما قالت محكمة النقض بحق أنه ليس هناك محل للدفع بالصورية فى هذه الحالة لأن الأحكام الشرعية فى خصوص الإقرار بالنسب إنما قررت شرعًا لصالح مجهول النسب أو اللقيط ومصلحة أى منهما محققة فى ثبوت نسبه فيقبل الإقرار به بغير حاجة إلى بينة عليه فلا يجوز بعد ذلك التحدى بصورية حكم النسب .

أحكام النقض :

وحيث أن هذا النعى مردود ، ذلك أن الحكم المطعون فيه إستند فى ثبوت نسب الصغير لأبيه المرحوم .. إلى ما أورده من آن « ... الثابت من الأوراق أن المطلوب نفى نسبه ممن يولد مثله لمثل المقر المرحوم .. الذى أقر إقرارًا قضائيًا بأنه ابنه حيث قرر فى القضية رقم ١٨ سنة ١٩٦٢ أحوال شخصية كلى المنصورة أن محمد القاصر ابنه فيكون بذلك قد ثبت نسبه إليه ثبوتًا لا رجعة فيه ولا يجوز قبول أى دليل لنفيه ، أما وقد ثبت هذا النسب فضلاً عن ذلك بالحكم الصادر فى القضية سالفة الذكر فلا محل لإهدار هذا النسب أو التعرض له بأى وجه من أوجه الطعن .

ومن حيث أن كلا من السبب الثانى والثالث والرابع من أسباب الإستئناف قد تضمن من الأدلة والقرائن ما من شأنه نفى نسب ... إلى أبيه الذى أقر بهذا النسب فهو مردود بما سبق ذكره من عدم جواز قبول دليل أو قرينة أو بينة على نفى هذا النسب ، ولما كان الحكم قد أثبت توافر صحة الإقرار بالنسب على النحو سالف البيان وكان النسب يثبت بالإقرار وهو بعد الإقرار به لا يحتمل النفى لأن النفى يكون إنكارًا بعد الإقرار فلا يسمع ، وإذا أنكر الورثة نسب الصغير بعد الإقرار فلا يلتفت إليهم لأن النسب قد ثبت باعتراف المقر وفيه تحميل النسب على نفسه وهو أدرى من غيره بالنسبة لما أقر به فيرجح قوله على قول غيره ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد رد على ما ادعاه الطاعن من أن الطفل الذى أقر المورث ببنوته هو اللقيط الذى تسلمه من المستشفى - بأنه مع التسليم بهذا الادعاء فإن المورث أقر بأن هذا الطفل هو ابنه ولم يقل إنه يتبناه - وهو قول من الحكم لا مخالفة فيه للقانون لأن نسب اللقيط يثبت بمجرد الدعوة وهى الإقرار بنسبه ، أما التبنى وهو استلحاق شخص معروف النسب إلى أب أو استلحاق مجهول النسب مع التصريح بأنه يتخذه ولدًا وليس بولد حقيقى فلا يثبت أبوة ولا بنوة ولا يترتب عليه أى حق من الحقوق الثابتة بين الأبناء والآباء ، وكان التناقض الذى يدعيه الطاعن إنما ينسبه لأقوال المطعون عليها الأولى ولا شأن له بإقرار الأب الذى استند إليه الحكم فى ثبوت نسب الصغير ، وكان الطاعن لم يقدم ما يدل على أنه تمسك فى دفاعه أمام محكمة الموضوع بكذب الإقرار استنادًا إلى أن المقر عقيم وأن المطعون عليها الأولى بلغت سن اليأس ، وكانت الأسباب التى استند إليها الحكم المطعون فيه فى ثبوت النسب فيها الرد الكافى والضمنى على ما تمسك به الطاعن من قرائن وأدلة على نفيه ، وبحسب قاضى الموضوع أن يبين الحقيقة متى اقتنع بها وأن يذكر دليلها وأن يقيم قضاءه على أسباب سائغة تكفى لحمله وما عليه بعد ذلك أن يتتبع الخصوم فى مناحى أقوالهم ومختلف حججهم وطلباتهم ويرد استقلالا على كل قول أو حجة أو طلب أثاروه فى مرافعاتهم ما دام قيام الحقيقة التى اقتنع بها وأورد دليلها فيه التعليل الضمنى المسقط لتلك الأقوال والحجج والطلبات ، لما

كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون قد التزم المنهج الشرعى الصحيح ويكون النعى عليه بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب فى غير محله .

وحيث إن حاصل السبب الثانى أن الحكم المطعون فيه خالف القانون ، ذلك أن الحكم الصادر فى الدعوى رقم ١٨ سنة ١٩٦٢ أحوال شخصية المنصورة الابتدائية بثبوت نسب الصغير من المرحوم ... والذى استند إليه الحكم المطعون فيه فى قضائه صدر صوريًا ، إذ قصدت المطعون عليها الأولى من رفع تلك الدعوى التحايل على الواقع وعلى القانون فلا يترتب على الحكم الصادر فيها أى أثر قانونى .

وحيث أن هذا النعى غير سديد ، ذلك أنه لما كان يبين مما أورده الحكم المطعون فيه وعلى ما سلفَ بيانه فى الرد على السببين الأول والثالث أنه استند فى قضائه إلى الإقرار الصادر من المرحوم .. ببنوة الصغير .. بمجلس القضاء فى الدعوى رقم ١٨ لسنة ١٩٥٢ المنصورة الابتدائية للأحوال الشخصية والتى قضى فيها بثبوت نسب هذا الصغير إلى والده ، وكان من المقرر شرعًا أن من أقر لمجهول النسب أنه ولده فهو معترف ببنوة هذا الولد بنوة حقيقية وأنه خلق من مائه سواء أكان صادقًا فى الواقع أم كاذبًا ، فيثبت لهذا الولد شرعًا جميع أحكام البنوة ، غير أنه إذا كان كاذبًا فى الواقع كان عليه اثم ذلك الادعاء ، وهو ما أوضحه الحكم الابتدائى الذى أيده الحكم المطعون فيه وأحال إليه فى أسبابه بقوله « ولا يغير ذلك ما قرره المدعى - الطاعن - من أن الدعوى رقم ١٨ سنة ١٩٦٢ كلى المنصورة « للأحوال الشخصية » هى دعوى صورية لأنه ليس هناك محل لدفع بالصورية فى هذا المجال ذلك أن الأحكام الشرعية فى خصوص الإقرار بالنسب إنما قررت شرعًا لصالح مجهول النسب أو اللقيط ومصلحة أى منهما محققة فى ثبوت نسبه فيقبل الإقرار به بغير حاجة إلى بينة عليه ولا يقبل نفيه أو الاعتراض عليه إلا أن يكون المقر له ثابت النسب من قبل من غير المقر لما سبق من أن النسب إذا أثبت لا يقبل الإبطال أو التغيير وهو ما لم يدعه المدعى فى دعواه » لما كان ذلك فلا محل للتحدى بصورية حكم النسب ، ويكون

النعى على الحكم المطعون فيه بهذا السبب على غير أساس .
وحيث إنه لما تقدم يتعين رفض الطعن .
(نقض ٥/١٢/١٩٧٣ سنة ٢٤ العدد الثالث ص ١٢٣٢) .

لا يجوز تفضيل المتمسك بالعقد الظاهر على من يتمسك بالعقد المستتر إلا فى حالة اختلاف شخص المتصرف :

إذا تصرف شخص فى عقار بعقود متعددة لأشخاص مختلفين فلا محل لأعمال نص المادة ٢٤٤/٢ مدنى بتفصيل المتمسك بالعقد الظاهرة على المتمسك بالعقد المستتر وإنما تجرى المفاضلة بينهم على أساس الأسبقية فى تسجيل عقودهم ذلك أن مجال تطبيق هذا النص إنما يكون عند اختلاف شخص المتصرف فى كل من العقدين بأن يكون أحدهما صاحب حق ظاهر والآخر مستتر كما إذا كان إحدهما مالك بعقد شراء صورى وهو العقد الظاهرة والثانى مالكًا بورقة الضد وهو العقد المستتر وباع كل منهما ذات العقار فإنه يفضل فى هذه الحالة المتمسك بالعقد الصورى على من يتمسك بورقة الضد .

أحكام النقض :

١ - وحيث إن هذا النعى غير سديد ، ذلك أن تصرف الأب بالبيع المنجز فى عقار يملكه إلى ابنه القاصر يعتبر تصرفًا صحيحًا ونافذًا سواء كان فى حقيقته بيعًا أو هبة مستترة فى صورة عقد بيع ، وبتسجيله تنتقل ملكية العقار المبيع إلى القاصر ، ولا يترتب على ثبوت صورية الثمن سوى إعفاء الأب من تقديم حساب عن هذا العقار ومن الحصول على إذن من محكمة الأحوال الشخصية عند تصرفه فيه بصفته وليًا شرعيًا على ابنه القاصر وذلك بالتطبيق لنص المادة ١٣ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فى شأن الولاية على المال فإذا تصرف الأب بصفته وليًا شرعيًا على ابنه القاصر فى ذات العقار بعقود متعددة ولأشخاص مختلفين فإن المفاضلة بينهم تجرى على أساس أسبقية تسجيل عقودهم ، ولا محل لإعمال حكم المادة ٢٤٤/٢ من القانون المدنى بتفضيل المتمسك بالعقد الظاهر على المتمسك بالعقد المستتر ذلك إنه إذ

نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ من القانون المدنى على أنه إذا أبرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص ، متى كانوا حسنى النية أن يتمسكوا بالعقد الصورى كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم ، فقد دلت على أن مجال تطبيق هذا النص يكون عند اختلاف شخص المتصرف فى كل من العقدين محل المفاضلة بحيث يكون أحدهما صاحب حق ظاهر والآخر صاحب الحق المستتر . ومن ثم فإنه إذا كان الشيء محل التصرف مملوكًا لشخص واحد وتصرف فيه بعقود متعددة إلى أشخاص مختلفين فإن المفاضلة بينهم تجرى على أساس أسبقية تسجيل عقودهم فحسب ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون ، ولا يعيبه ما استطرد إليه تزيدا من عدم توافر شروط تطبيق المادة ٢٤٤ / ٢ من القانون المدنى فى حق الطاعنين لسوء نيتهم ذلك أن الحكم يستقيم بدون هذا الاستطراد الزائد عن حاجة الدعوى ، كما لا يقبل من الطاعنين النعى على الحكم المطعون فيه بالقصور لعدم الرد على ما ورد بالمذكرتين المقدمتين منهم بجلستى ١٨ / ١١ / ١٩٧٦ ، ٢ / ٤ / ١٩٧٧ إذ لم يبينوا فى صحيفة طعنهم أوجه هذا الدفاع الجوهرى الذى تضمنته هاتان المذكرتان فجاء نعيهم مجهلاً ويكون النعى بهذين السببين على غير أساس . (نقض ١٩ / ٥ / ١٩٨٠ سنة ٣١ الجزء الثانى ص ١٤٣١) .

صورية تاريخ العقد لا تتعداه إلى العقد ذاته :

من المقرر إنه إذا ثبت للمحكمة صورية تاريخ عقد فإن هذه الصورية صورية نسبية تنصب على التاريخ وحده ولا تتعداه إلى العقد ذاته ، وعلى ذلك فإنه يتعين على المحكمة أن تعتبر العقد صحيحًا وأن تعمل أثره فيما عدا تاريخه ، وإذا طعن شخص بصورية تاريخ عقد وكانت هذه الصورية على فرض صحتها غير منتجة فى النزاع فإن هذا الدفع يكون غير مقبول كما إذا طعن شخص على صورية تاريخ عقد بيع المشترى الثانى وتبين للمحكمة أن المشترى سجل العقد المطعون عليه قبل تسجيل عقد شراء الطاعن .

أحكام النقض :

لما كانت المادة ٨٢٦ / ١ من القانون المدنى تنص على أن « كل شريك على الشيوع يملك حصته ملكًا تامًا وله أن يتصرف فيها » مما مفاده أن تصرف الشريك فى حصة شائعة نافذ فى مواجهة شركائه دون حاجة إلى موافقتهم وكانت صورية تاريخ عقد المطعون ضدها الأولى بفرض ثبوتها لا أثر لها فى هذه الدعوى ما دام الحكم قد أقام قضاءه بصحة ونفاذ العقد على أسبقية تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى على تاريخ تسجيل عقد الطاعن ولم يعول على تاريخ عقد المطعون ضدها الأولى . هذا إلى أن صورية تاريخ العقد إنما هى صورية نسبية تنصب على التاريخ وحده فلا تتعداه إلى العقد ذاته - لما كان ذلك ، فإن هذا الذى ساقه الطاعن بالسبب الخامس من أسباب الاستئناف يكون دفاعًا غير منتج وبالتالى فإن إغفال الحكم المطعون فيه الرد عليه لا يبطله - كذلك فإن ما جاء بالسبب السادس من أسباب الاستئناف وهو أن التأشير على هامش الدعوى حصل بطريق التواطؤ بين المطعون ضده الثانى البائع والمطعون ضدها الأولى بقصد ضياع حقه فإنه دفاع غير منتج أيضًا وذلك لما استقر عليه قضاء هذه المحكمة من آن مناط المفاضلة بين المشترين فى حالة تزاحمهم هو السبق فى التسجيل وأن الأسبق تسجيلاً يفضل على سائر المشترين ولو كان متواطئًا مع البائع على الإضرار بحقوق الغير - أما ما ينعاه الطاعن على الحكم من إغفاله ما طلبه بهذا السبب من أسباب الاستئناف من إحالة الدعوى إلى التحقيق فمردود بأن الطاعن لم يطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات الصورية بل كل ما قرره أنه على استعداد لإثبات الصورية بكافة طرق الإثبات القانونية وهذا لا يعتبر منه طلبًا صريحًا جازمًا بإحالة الدعوى إلى التحقيق حتى تلتزم المحكمة بإجابته أو بتسبيب قضائها فيه عند رفضه . (نقض ٢٤ / ٣ / ١٩٦٦ سنة ١٧ العدد الثانى ص ٧٢) .

قد يترتب على الصورية فرض الحراسة القضائية :

من المقرر أن الحراسة القضائية وفقًا لنص المادة ٧٢٩ مدنى إجراء تحفظى مؤقت يأمر به القاضى بناء على طلب صاحب المصلحة إذا توافرت شروط ثلاثة أولها أن يقوم فى شأن المال محل الحراسة نزاع جدى أو يكون الحق فيه غير ثابت وثانيها أن يكون لرافع الدعوى مصلحة فى وضع هذا المال تحت الحراسة وثالثها أن يتوافر وجه الخطر من بقاء المال تحت يد الحائز فإذا طعن على عقد بالصورية وتحققت هذه الشروط جاز الحكم بوضع المال محل العقد تحت الحراسة القضائية وذلك كما إذا باع شخص عقارا لآخر وقبل أن يسجل عقده باعه بعقد صورى إلى زوجته أو صديقة أو أحد أقربائه بقصد تضييع الصفقة على المشترى الأول أما لأن ثمن المبيع قد زاد أو لأى سبب آخر ثم قام البائع بتسليم المبيع للمشترى الثانى الذى وضع يده عليه ، فى هذه الحالة يجوز للمشترى الأول أن يطلب وضع العقار تحت الحراسة القضائية فإذا استبان لقاضى الأمور المستعجلة من ظاهر الأوراق أن الطعن بالصورية على عقد شراء المشترى الثانى يقوم على سند من الجد وأن ظاهر الأوراق يؤيده وأن خطرا يتهدد المشترى الأول من بقاء العقار تحت يد المشترى الثانى كما إذا كان معسرًا ويتعذر الرجوع عليه بريع العقار حينما يقضى فى دعوى الملكية من قاض الموضوع أو كما إذا كان المبيع أرضا زراعية وشرع المشترى الجديد فى تجريفها وغير ذلك من أوجه الخطر التى يقدرها القضاء المستعجل فإنه يجوز حينئذ فرض الحراسة القضائية على العقار وتعيين حارس لإدارته وإيداع ريعه خزانة المحكمة حتى ينتهى النزاع رضاء أو قضاء من المحكمة الموضوعية .

ولا يمنع من فرض الحراسة القضائية أن يقوم المشترى الثانى بتسجيل عقده قبل تسجيل عقد المشترى الأول ذلك أن التسجيل لا يصحح العقد الصورى الباطل ولا يحول دون الحكم بصوريته من قضاء الموضوع لأن العقد الصورى كما سبق أن أوضحنا لا يكون له وجود قانونى فتسجيله وعدمه سيان ولكل دائن أن يتجاهله .

الإقرار بديون صورية بقصد مضارة الورثة :

يحدث أحيانًا أن يقر المورث بديون صورية بقصد الإضرار بورثته كما إذا أحس شخص بدنو أجله وكان بينه وبين إخوته أو أبناء عمومته الذين يرثونه نزاع فحينئذ يتفق مع شخص آخر على أن يحرر له صكًا بدين صورى إضرارا بورثته فهل يجوز لورثته إثبات صوريته بغير ورقة الضد .

من المقرر طبقًا للقواعد العامة فى الإثبات أن المحررات الصادرة من المورث تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها وإنهم يتقيدون بنفس قواعد الإثبات التى كانت لمورثهم ومنها عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة بغير كتابة أى أنهم لا يستطيعون إثبات صورية تصرفات مورثهم بغير ورقة الضد أو مبدأ ثبوت بالكتابة يكمل بالبينة او الإقرار أو اليمين غير إنه استثناء من ذلك يجوز لهم إثبات صورية تصرفات المورث بكافة طرق الإثبات ومنها البينة وقرائن الأحوال إذا كان يقصد بها التحايل على قواعد الميراث إذ أن الوارث لا يستمد حقه فى هذه الحالة من المورث بل من القانون مباشرة وعلى ذلك يجوز للوارث أن يثبت صورية عقد القرض وإنه قصد به التحايل على قواعد الميراث ويجوز لهم إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود وقرائن الأحوال فإذا أثبتوا ذلك جاز اعتبار التصرف وصية إذا توافرت شروطها على النحو الذى شرحناه فى صورية العقود التى تأخذ شكل وصية .

لا يجوز للمحكمة أن تنفى الصورية بأمور هى من مستلزمات التصرف المطلوب ستره :

إذا باع شخص قطعة أرض فضاء لزوجته بيعًا صوريًا صورية مطلقة تهربا من سداد ديونه وأعدت لإقامة مبان عليها بعد ذلك فحصلت الزوجة على رخصة المبانى بإسمها وتم التعاقد مع مقاول المبانى باسمها وبعد أن تم البناء أجرت الشقق باسمها بأن نص فى عقود الإيجار على أنها مالكة المبنى ثم أقام دائنو البائع دعوى طلبوا فيها الحكم بصورية عقد البيع فلا يجوز للمحكمة الاستدلال على نفى الصورية بهذه التصرفات اللاحقة على العقد الصورى والتى صدرت باسم الزوجة على النحو السابق لأن هذه الأمور من مستلزمات ستر الصورية .

أحكام النقض :

١ - من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه إذا أقام الحكم قضاءه على قرائن متساندة دون أن يبين أثر كل منها فى تكوين عقيدة المحكمة فإن فساد إحداها يودى بالدليل المستمد من تساندها وإذا كانت الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة الموضوع بدرجتيها بأن مورثها والمطعون ضدهم اشترى الأعيان موضوع الدعوى لنفسه مستخدمًا أولاده المطعون ضدهم أسماء مستعارة وأن ذلك ينطوى فى ذات الوقت على الإيصاء لهم بتلك الأعيان حين وفاته وكان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد إستدل على نفى الصورية المدعى بها بقرائن متساندة من بينها أن التسجيل وترخيص البناء وتكليف المبانى والاقتراض بضمانها قد تم جميعه بأسماء المطعون ضدهم ، لما كان ذلك وكانت تلك الأمور لا تؤدى إلى ما استخلصه منها الحكم من انتفاء الصورية إذ هى من مستلومات إخفاء التصرف المراد ستره ، فإن استدلال الحكم بها يعيبه بالفساد فى الاستدلال بما ينهار معه الدليل المستمد منها ومن باقى القرائن التى أوردها . (نقض ٣١ / ٥ / ١٩٨٥ طعن رقم ١٣٠ لسنة ٥٠ قضائية ، نقض ٢٨ / ٢ / ١٩٧٥ سنة ٢٦ العدد الأول ص ٨٣٥) .

لا يشترط فيمن يدفع بصورية العقد أن يكون تاريخ عقده سابقًا على تاريخ التصرف المطعون فيه :

ليس هناك ما يمنع من أن يكون عقد الطاعن بالصورية لاحق فى تاريخه على تاريخ التصرف المطعون فيه لأنه إذا ثبت صورية العقد فلا يكون له وجود قانونًا وبالتالى فلا مجال لإجراء مفاضلة بين العقدين وعلى ذلك إذا باع شخص عقارًا لآخر ثم تبين لهذا المشترى أن البائع كان قد باعه قبل ذلك بعقد صورى ثابت التاريخ لزوجته فإنه يجوز له الطعن على عقد الزوجة بالصورية رغم أن عقده لاحق للتصرف المطعون فيه :

أحكام النقض :

١ - الدائن الشخصى للمتصرف . إعتباره من الغير فى الصورية سواء كان حقه سابقًا على التصرف أو لا حقًا له . جواز إثبات الصورية بطرق الإثبات كافة . (نقض ٩ / ١٢ / ١٩٦٥ سنة ١٦ العدد الثالث ص ١٢٢٣) .

التصرف الصورى الذى اعتبره القانون جريمة :

اعتبر المشرع فى المادة ٢٦٠ / ٢ مدنى التصرف الصورى الصادر من المدين المعسر جريمة إذا توافرت الشروط التى نصت عليها وقد شرحنا هذا الأمر بتفصيل فى الفصل الختامى من هذا المؤلف .

لا يجوز الطعن بالصورية لأول مرة أمام محكمة النقض :

من المقرر إنه لا يجوز للخصم أن يتمسك أمام محكمة النقض بدفع أو بسبب جديد لم يبده أمام محكمة الموضوع ذلك لأنها محكمة قانون وليست محكمة موضوع وعلى ذلك إذا لم يتمسك الخصم لا أمام محكمة أول درجة ولا أمام محكمة الاستئناف بالطعن بالصورية فلا يجوز له إبداء هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض فإذا أبداه قضت بعدم قبوله .

أحكام النقض :

١ - إذ خلت الأوراق ما يدل على سبق تمسك الطاعن أمام محكمة الموضوع بصورية عقد القسمة أو عقد البيع فإنه لا يقبل منه التمسك بهذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض . (نقض ١٢ / ٢ / ١٩٨٠ سنة ٣١ الجزء الأول ص ٤٧٦) .

فصل ختامى

فى اقتراحاتنا لمعالجة النقص التشريعى فى شأن الصورية ووجوب تدخل المشرع بالعقاب عليها

يعتبر القانون التزوير جريمة ، ويعتبر النصب جريمة ، وتعتبر خيانة الأمانة جريمة ، ومن يبيع ملك الغير جريمة ، ولكن لم يعتبر من يحرر عقدًا صوريًا مجرمًا !!!

فجريمة التزوير تقع فيعاقب عليها القانون إذا توفرت فيها شروط ثلاثة : تغيير الحقيقة والعمد وحصول الضرر أو احتمال حصوله . والصورية فيها هذه الشروط نفسها . ففيها تغيير الحقيقة وفيها العمد وفيها الضرر . لأن العقد لا يكون صوريًا إلا إذا غيرت فيه الحقيقة . وتغيير الحقيقة يكون دائمًا عن عمد . ومحرره لا يقصد به إلا الأضرار بالغير .

فالصورية والتزوير من فصيلة واحدة . كل واحدة منهما فيها تغيير الحقيقة والعمد والضرر ، ومادام الشبه فيهما واحدًا ، فلم لا يكون الحكم فيهما واحد .

ومثلها الشهادة الزور ، ففيها تغيير الحقيقة ، وفيها العمد وفيها الضرر . وكذلك جريمة التفالس بالتدليس . فقد عرفها قانون العقوبات بأنها حالة كل تاجر وقف عن دفع ديونه أو أخفى دفاتره أو غيرها ... أو خبأ جزءًا من مالة إضرارًا بدائنيه أو اعترف وجعل نفسه مدنيا بطريق التدليس بمبالغ ليست فى ذمته حقيقة . أليست هذه الجريمة تشبه تمامًا جريمة من يجرد نفسه صوريًا إضرارا بدائنيه بإمضاء عقود بيع صورية . أو عقود رهن صورية ، وعقود إستدانة صورية ، أو عقود تنازل صورية ؟

إن التفالس والصورية فيهما إخفاء الحقيقة وتغيير الحقيقة والعمد وقصد الأضرار بالدائنين . وكما يكون التفالس بالتدليس تكون الصورية

بالتدليس أيضًا . وما دامت أركان الجريمتين واحدة فلم لا يكون الحكم فيهما واحدًا ؟ المفلس بالتدليس الذى يخفى أمواله إضرارًا بدائنيه يعاقب جنائيًا ، والذى يحرر عقود صورية بالتدليس ويخفى أمواله إضرارًا بدائنيه لا يعاقب !!! وهو شذوذ لا معنى له .

فالتفالس بالتدليس والصورية بالتدليس والتزوير والشهادة الزور أركانها واحدة :

- تغيير الحقيقة .
- العمد .
- الضرر .

وتوجد جرائم أخرى من هذا النوع : وأمثلتها :

- من توصل بالاحتيال إلى سلب مال الغير باستعمال طرق احتيالية من شأنها إيهام الناس بوجود مشروع كاذب أو واقعة مزورة : وإحداث أمل بحصول ربح وهمى أو تسديد المبلغ الذى أخذ بطريق الاحتيال وإيهامهم بوجود سند دين غير صحيح أو سند مخالصة مزور يعاقب بعقوبة النصب .
- من تصرف فى مال ثابت ، ومنقول ليس ملكًا له ولا له حق التصرف فيه يرتكب جريمة النصب ويعاقب بعقوبتها .

كل هذه الجرائم مبناها واحد هو تغيير الحقيقة بالكذب والغش والتدليس والغاية منها واحدة هى سلب مال الغير واغتيال حقوقه .

ومن الأمثلة أيضًا :

- إذا حكم على شخص بأداء مبلغ معين ، وأراد أن يضيع على دائنه أمواله ، فيبيع عقاره لزوجته أو لأولاده - صوريًا ويسجل العقد . يشرع الدائن فى التنفيذ فيتصادم حكمه بعقد البيع الصورى . فلا يستطيع التنفيذ .
- شخص محكوم عليه بنفقة لأبيه أو جده أو ابنه أو ابن أخيه يريد تعطيل تنفيذ الحكم فيتنازل عن إيجار أطيانه إلى زوجته ، فإذا شرع رب الدين فى التنفيذ اعترضه التنازل الصورى فيقف .

والصورية كما تكون فى البيع . تكون فى الإجارة . وفى الهبة . وفى الرهن . وفى الاختصاص وفى مديونية . وفى سائر المعاملات المدنية .

فإذا ما تم العقد تعذر على صاحب الدين الحصول على دينه . فيفوز المدين باغتيال مال دائنه ظلمًا وعدوانًا .

وفى جرائم السرقة والاختلاس والتبديد والتفالس بالتدليس يكون فعل المجرم إيجابيًا . وفى الصورية يكون فعل المجرم سلبيًا . ولا يأخذ مال الغير ، ولكنه لا يعطى للغير ماله . فالغاية واحدة وهى سلب مال الغير .

ولم يشر المشرع إلى جريمة من جرائم الصورية سوى ما نصت عليه المادة ٢٦٠ / ٢ من القانون المدنى . حالة إذا حكم على المدين المعسر بشهر إعساره ، فعمد إلى الأضرار بدائنيه عن طريق اصطناع ديون صورية حتى يزيد مقدار ديونه فيضر دائنيه بإنقاص النصيب الذى يحصل عليه كل منهم عند التنفيذ وتكون هذه الديون الصورية سابقة على الاعسار ، وإلا لم تكن نافذة فى حق الدائنين فلا تضربهم . ولكن إذا كان الدائن الصورى متواطئًا مع المدين ، فإن كان عالمًا بشهر إعسارة وأنه إنما أراد الأضرار بدائنيه ، يعتبر شريكًا للمدين فى الجريمة ، ويعاقب مثله بعقوبة التبديد .

والأعمال التى يخشى أن تصدر من المدين المعسر ، وهى أشد الأعمال أضرارًا بدائنيه . جعلها المشرع مكونة لجريمة . ولذلك جعل المشرع الجزاء عليها عقوبة جنائية تتناسب مع طبيعتها . فالمدين الذى يأتى عملاً من هذه الأعمال إنما يبدد الأموال التى تعلقت بها حقوق الدائنين .

ولهذه الجريمة ركنان :

١ - ركن مادى : هو صدور حكم بشهر الإعسار يتلوه عمل وهو اصطناع ديون صورية .

٢ - ركن معنوى هو قصد الإضرار بالدائنين . وهذا القصد يفترض وجوده وما صدر من عمل من المدين المعسر يقوم قرينة على ذلك . وهنا يكون المدين المعسر كالتاجر المفلس بالتدليس ، ويعاقب مثله بعقوبة جنائية . والدائنون هم المكلفون بإثبات الصورية ، ويستطيعون الإثبات بجميع الطرق لما يلابس العمل من غش .

وفى غير هذه الحالة لم ينص المشرع على عقوبة جنائية على أى تصرف صورى .

وفى تقديرنا أن هناك حالات تعرض فى العمل . تلزم تدخل المشرع

بإضافة نصوص جنائية للعقاب عليها . ذلك أنه قد انتشر ضرب من الصورية فيه خطر كبير على الأخلاق وعلى حرمة الزواج وكيان العائلات .

ذلك أن طائفة من غير المسلمين ، إذا ما أرادوا التخلص من زوجة أو حكم نفقه يعتنقون الدين الإسلامى ، فإذا رفعت عليهم زوجاتهم دعاوى بطلب نفقة يطلقون زوجاتهم باعتبارهم مسلمين ثم يتحصلون على أحكام بسقوط النفقة . ثم يعودون إلى دينهم الأصلى . فيتخذون الاسلام حيلة يحتالون بها على تحقيق مآرب خفية ، وفى هذا من الاستهانة والاستخفاف بالدين الإسلامى ما لا يصح السكوت عليه .

غير أن البعض يرى أن الاعتقاد الدينى مسألة نفسانية محضة لا يمكن لأى جهة قضائية البحث فيها إلا عن طريق المظاهر الخارجية الرسمية . فإذا ما غير إنسان دينه أو مذهبه فإنه لا يخضع من وقت التغيير إلا لأحكام هذا الدين الجديد أو هذا المذهب الجديد ، ولا ينبغى للقضاء أيًا كانت جهته أن ينظر إلا فى توافر تلك المظاهر الخارجية الرسمية لاعتناقه هذا الدين أو المذهب : فإذا وجدها متوافرة وجب عليه قصر بحثه على النتائج المترتبة على هذا التغيير طبقًا لأحكام ذلك الدين أو المذهب الجديد . فلا يصح التحدى من أحد الزوجين قبل االآخر بأن له حقًا مكتسبًا فى استبقاء عروة الزوجة معقودًا طبقًا للقانون الذى كان يحكم به قبل تغيير مذهبه . فلا يصح للمحكمة أن تبحث فى صحة عقيدة الخصوم ، فتحكم أن الشخص مسلم حقيقة أو مسلم صورى ما دام أن الخصم قد تقدم وبيده إشهاد شرعى يعلن إسلامه . لأن التنقيب عن العقائد الداخلية وتقدير قيمتها والبحث عما إذا كان الإيمان حاصلاً عن إيمان ثابت أو تحايل خرج عن اختصاص المحاكم . لأن غير المسلم الذى يشهد إشهادا شرعيًا بإسلامه يجب أن يعتبر مسلمًا وتجرى عليه أحكام الشريعة الإسلامية .

وفقهاء الاسلام يقررون أن الإسلام هو إيمان بالخيار وإقرار باللسان . وأن الإيمان صلة بين الشخص ومولاه لا يطلع عليها سواه وأنه يجب اعتبار الشخص مسلمًا تجرى عليه كافة الأحكام الدنيوية الخاصة بالمسلمين إذا أقر باعتناقه الإسلام دينًا ، ويرجع ذلك إلى قوله تعالى : ولا تقولوا لمن ألقى إليكم السلام لست مؤمنًا » ولذلك كان النبى

صلى الله عليه وسلم يقبل ظاهر الاسلام من المنافقين ، وفى الحديث المأثور أنه قال مستنكرًا لرجل طعن فى صحة إسلام آخر - هل شققت قلبه ؟

تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى - جـ ٣ ص ٢٨٤ ، كتاب الخراج لأبى يوسف باب (المرتد) .

والحكمة فى ذلك ظاهرة ، إذ من العبث تحليل الدوافع التى حدث بالشخص لاعتناق دين من الأديان ، وتقص الظروف التى أحاطت بمثل هذا الحادث إذ لا جدال أن لكل من هذه وتلك شتى الصور والملابسات ما دامت هذه البواعث والظروف قد انتهت بالشخص إلى الترجيح . ويذهب رأى آخر إلى أن من يراجع كتب الفقه يجد الفقهاء يقولون أن حقيقة الاسلام المنجية فى الآخرة لابد لها من التصديق الجازم مع الإقرار بالشهادتين . أما الإقرار بالشهادتين مع الاعتقاد الخبيث فلا يصح به الإسلام . وقالوا أن اشتراط النطق بالشهادتين محمول على الإسلام الحقيقى النافع فى الدنيا وفى الآخرة . ومن المجمع عليه أن الإخلاص شرط لصحة الإسلام ، وأنه لابد من حقيقة الإيمان ألا يكون هناك ما يدل على الاستخفاف والاستهانة بالدين من قول أو فعل .

فتواترت الأقوال والأحكام على أن العبرة بالحقيقة . فإذا ظهر أن الرجل يحتال باسم الإسلام لضياع حق للغير أو الأضرار به فلا إسلام . وأن تغيير الصفة المذهبية أو الدينية يعد خلة غير مقبولة إذا كان الغرض منه مجرد التحلل من الالتزامات المالية وتغيير هذه الصفة أثناء نظر الدعوى يحقق هذا الغرض .. وقضى بأن المسيحى الذى يعتنق الدين الإسلامى هربًا من دفع نفقة محكوم بها عليه من البطركخانة المختصة حينما كان مسيحيًا يعد محتالاً على القانون ويجب على القضاء أن يأخذ بحكم النفقة ويقضى بنفاذه ، كما قضى بأنه إذا تبينت المحكمة أن تغيير الدين لم يبن على تغيير فى العقيدة بل حصل طمعًا فى الوصول إلى مآرب ما ، كان تغيير الدين حاصلاً بصفة صورية ، ولا يمكن أن يرتب عليه شيئًا من الأحكام القانونية والشرعية .. وقد أيد كثير من الفقهاء الرأى الثانى على سند من القول إنه أقرب إلى العدل والعقل ولا سيما أنه يطابق نصوص كتب الفقه ويطابق حكم القانون فى

الصورية ، لأن العقود الصورية تقع باطلة ولا ترتب آثارها . فالبيع الصورى لا ينقل الملكية والدعوى الصورية لا تقطع التقادم .. فالعقود الصورية لا تغير طبيعة الحقيقة . فضلاً عن أنه فى تقديرهم يبحث عن الحقيقة الحقة ولا يأخذ بالظواهر الكاذبة . فتغيير دين شخص احتيالاً للوصول إلى تعطيل نصوص القانون وإهدار حقوق الغير يجب - من وجهة نظرهم - أن يعتبر جريمة يعاقب عليها القانون . كما هو الشأن فى عقوبة المرتد .

وللردة أحكام :

- بعضها يرجع إلى نفس المرتد . مثل إباحة دمه لزوال عصمة نفسه بالردة . لقوله صلى الله عليه وسلم : من بدل دينه فاقتلوه .
- وبعضها يرجع إلى ملكه . مثل زوال ملك المرتد عن ماله ، لأن الردة هلاك . والمرتد لا يرث ولا يورث .
- وبعضها يرجع إلى تصرفاته كحبط عمله وسقوط شهادته .

(رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين - جـ ٣ باب المرتد ص ٣١٠ وبدائع الضائع للكاسانى جـ ٦) .

والرأى الأول هو الراجح الذى نؤيده وهو ما أخذت به محكمة النقض لهذه الاعتبارات نرى تدخل المشرع بإضافة مادة فى قانون العقوبات تعتبر فيها الصورية التدليسية بالنسبة للتصرفات جنحة يعاقب عليها القانون إما بالنسبة لتغيير الدين فنرى إنه إذا غير المسلم ديانته واعتنق الإسلام فيؤخذ بالظاهر ولا يبحث القاضى فى صحة عقيدته أما إذا غير بعد ذلك دينه فإنه تطبق عليه حكم الشريعة الإسلامية التى تنزل عليه فى هذه الحالة عقوبة المرتد .

أحكام النقض :

المستقر فى قضاء هذه المحكمة أن الاعتقاد الدينى من الأمور التى تبنى الأحكام فيها على الأقوال بظاهر اللسان ، والتى لا يجوز لقاضى الدعوى أن يبحث فى جديتها ولا فى بواعثها أو دواعيها . (نقض ١١ / ١٢ / ١٩٧٤ سنة ٢٥ ص ١٤١٧) .

٢ - المفتى به فى الراجح من مذهب الحنفية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو صحة الإسلام بمجرد النطق بالشهادتين دون أن يشترط التبرى من كل دين يخالفه لأن التلفظ بالشهادتين أصبح علامة على الإسلام وعنوانًا له . وإذا كان الحكم المطعون فيه أقام قضاءه بأن المتوفى مات على دين الإسلام استنادًا إلى ما ثبت لديه بالبينة الشرعية من أنه نطق بالشهاتين وكان يؤدى شعائر الدين الاسلامى من صلاة وصوم ، ولم يجعل من النطق بالتبرى من أى دين آخر شرطًا لاعتباره مسلمًا ، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو تنكب نهج الشرع الإسلامى . (نقض ٢١ / ١ / ١٩٧٦ سنة ٢٧ العدد الأول ص ٢٧١) .

تم بحمد الله

محتويات الكتاب

الموضوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

رقم الإيداع		١٩٨٦ / ٤٩٠٨
الترقيم الدولى	٩٧٧-٠٢-١٧٧٦-X	ISBN

٢ / ٨٥ / ٧٢٩

طبع بمطابع دار المعارف (ج.م.ع.)

تجليد الفــــرماوي رقمي ٩ ، ١١ شارع قصر اللؤلؤة بالفجالة - القاهرة - تليفون ٩٠٧٩٢٨

